

부패 방지를 위한 일본 공공조달제도에 관한 연구

- 제도적 변화를 중심으로 -

Legal Issues for Implementing the Public Procurement in Japan

김 성 화(Kim, Sung Hwa)*

ABSTRACT

As the incidence of natural disasters increases, the construction and distribution industry has played an important role not only in the maintenance of social overhead capital but also in the disaster prevention and economic development in Korea. In recent years, there has been a concern that the overall disruption of the construction industry and distribution industry may be disadvantageous to society as a whole. The purpose of this article is to contribute to the appropriation of the public procurement system in Korea. Since the Meiji period in Japan has been maintaining its history without interruption for 140 years, and thus various frameworks have emerged in terms of legal system. As a result, public procurement in Japan avoids pure competition procedures and is coordinated as a form of veterinary contract by the ordering organization, so that it is possible to identify the contracted party with each planned price, and various collusions or institutional developments for practical application were combined.

Key words: Anti-Corruption, Construction and distribution business, public procurement law, collusion, bidding competition

I. 머리말

사회자본의 정비에 있어 가장 중요한 것은 “국민의 생명과 안전을 지키는 것”이고, 자연 재해를 겪을 위험이 높은 일본에서 건설유통업은 그 공급자로서의 역할뿐만 아니라, 재해방지 및 경제발전의 담당자로서 상당히 중요한 역할을 해왔다.¹⁾ 그러나 최근 공공사업 관계비용의 축소경향의 여파로 공공공사의 입찰시장에서는 안이한 최저가입찰(덤핑)의 발생을 비롯

* 사법정책연구원 연구원

1) 藤井聡, 公共事業が日本を救う, 文春新書, 2010.

한 다양한 폐해에 의하여 건설업계 전체가 어려운 환경에 놓이게 되었다.²⁾ 격심한 가격경쟁을 통과하기 위한 시공비용 등의 감축은 조악한 공사를 유발할 것으로 우려되고, 실제로 국토교통부의 조사에 따르면, 국토교통부가 발주하는 공사에 대하여 낙찰률이 낮은 공사안 건만큼 공사성적이 낮다는 경향이 통계적으로 드러나고 있다.³⁾ 이러한 사회자본정비에서 가격결정시스템인 공공조달제도의 결함은 공사품질 및 성과품에 대한 직접적인 영향 이외에 사회자본을 제공하는 건설업자의 경영 악화, 도산 등을 유인하고 결과적으로 지역재해방지의 저하를 초래하고, 향후 발생할 수 있는 대규모 자연재해 발생의 피해의 확대로 이어질 것을 추측하기 어렵지 않다. 이러한 형태로 공공조달제도의 운용이 지속되는 것은 체계적인 국가건설 및 지역건설 등을 감안할 때 상당히 심각한 문제라고 본다.

일본에서 공공조달제도의 적정화를 둘러싼 논의는 2014년 6월 「공공공사의 품질확보 촉진에 관한 법률」이 개정된 후 활발히 진행되었다. 공공조달제도의 체계적인 구현을 위해서는 “국민의 생명과 안전을 지키기 위한 사회간접자본의 정비를 신속하고 효과적 추진에 이바지한다.”는 공공조달제도의 본래 취지를 근간으로 하여 ‘필요악’인 담합의 필요성을 여전히 논의하고 있다. 따라서 이 글에서는 일본에서 공공조달제도의 역사적 흐름을 살펴보고, 20세기 이후에 이루어진 일련의 법률의 제정 및 개정을 검토하면서 자율적인 규제시스템이 확보하게 된 배경을 고찰하고자 한다. 이를 통해 향후 우리나라 입찰시장에서 발생하는 다양한 문제점을 비교적으로 살펴보고, 개선방안을 제시하고자 한다. 그러므로 이하에서는 메이지(明治)시대 이후 현재에 이르기까지 일본의 입찰계약제도의 역사적 변천이나 입찰담합의 실태에 대하여 검토한 후, 공공조달제도의 체계적 운용을 위해서 공공조달제도의 설계 및 운용에서 그 대상이 되지 못하는 담합행위가 포함되었는지 여부, 그동안 어떠한 논의가 이루어졌고, 향후 어떠한 사항이 고려되어야 하는지 여부를 살펴볼 필요가 있다. 특히 공공조달에 있어서 역사적으로 담합행위 등 다양한 부패가 발생하였으나, 이러한 행위가 명백하게 부패에 해당함도 불구하고, 이를 구체적으로 규제할 수 있는 기준이 충분히 마련되지 않았다. 부패의 개념이 역사적으로 변화와 발전을 거듭해 왔지만, 여전히 다양한 개념을 내포하고 있기 때문에 공공조달의 영역에서 담합행위를 원칙적으로 부패행위로 판단하여 일률적으로 규율하기에는 한계가 존재하였으므로 일본에서의 논의를 체계적으로 고찰함으로써 우리 법에의 시사점을 제시하고자 한다.

2) 国土交通省, 建設産業の再生と発展のための方策, 2011.

3) 国土交通省, 建設産業の再生と発展のための方策, 2011.

Ⅱ. 공공조달의 역사적 변천

1. 明治회계법 제정에 따른 공공조달체계 구축

(1) 明治회계법의 제정 이전의 도급업

메이지유신(明治維新) 이후 근대국가건설을 위하여 공사의 수요가 급증하였지만, 건설업자는 당시 유럽과 미국의 건설기술에 관한 지식과 경험이 부족하였기 때문에 하천 및 항만, 도로 등의 공사실시형태는 국가에 의한 ‘직영방식’이었고, 민간부문에서는 노무의 제공만 도급하는 형식으로 이루어졌다. 그러한 가운데 토목도급업자의 기술혁신이 진행되고, 철도공사에서 대규모 장기적인 하도급이 적극적으로 이루어지게 되었다. 이러한 하도급방식은 소수의 업체에 의한 지명경쟁입찰방식이 특별한 수의계약이었다. 이는 급격한 건설수요 급증에 따른 대량의 노동력을 신속히 조달할 필요가 있었고, 공사를 적절하게 이행하기 위하여 신뢰성 있는 업체의 도급이 요구되었기 때문이다.⁴⁾

(2) 일반경쟁입찰방식을 원칙으로 한 明治회계법의 제정

‘회계법’이 1889년에 제정되고 이듬해 4월에 시행됨에 따라 모든 공사가 원칙적으로 경쟁입찰이 되었다. 그 배경은 다음과 같다.⁵⁾ 첫째, 불평등조약의 폐지로서 에도막부(江戸幕府) 말기 이후 불평등조약 폐지의 주장으로 일본을 근대국가로 인정해야만 하였다. 둘째, 근대국가로서 형식적 합리성의 문제로서 근대국가의 기초적 조건으로서 공공사업에 대한 지출행위가 공정한 절차일 필요가 있으므로 헌법의 제정을 근간으로 근대적 법체계를 급속히 정비하려는 기류가 있었다. 셋째, 민간자본과의 결별로서 메이지시대 초기의 열악한 재정상황 가운데 정부와 관련된 상인(政商)이라고 불린 특정한 민간유력자본과의 이른바 유무상통(有無相通)하는 제후관계를 산업정책의 축으로 할 수밖에 없었다. 또한 예정가격을 작성하고, 계약금액의 상한으로 한다고 규정되었다. 이는 당시 정부의 직영공사가 많았고, 발주자가 공사비용의 정확한 산출능력을 충분히 가지고 있었던 것이 배경으로 생각된다. 일반경쟁입찰방식의 도입은 정부의 발주방식을 상당히 변경하는 것이었고, 공공공사의 입찰에 누구든지 참여할 수 있게 되었으며, 당시 건설시장이 극히 호황이었던 점과도 맞물려 신규 소기업들이 난립하였다.

4) 에도(江戸)시대부터 메이지(明治)시대 초기까지 ‘장인(職人)사회’이었던 일본에서는 토목도급업의 발전이 이루어지면서 토목회사라는 근대적 거대조직을 설립하게 되었다(岩下秀男, 日本のゼネコン—その歴史といま—, 日刊建設工業新聞社, 1997).

5) 岩下秀男, 日本のゼネコン—その歴史といま—, 日刊建設工業新聞社, 1997.

그러나 입찰참가업체에 대한 규정이 충분히 정비되지 않았기 때문에 적절한 시공능력을 가지지 못한 부실업체도 많이 참가하였다. 그래서 그동안 정부의 특별수계약에 의하여 도급을 받았던 일본의 토목회사를 비롯한 대기업은 수주기회가 줄어들어 경영상 위기에 빠졌다. 또한 신규참가한 불량업체에 의한 맹목적인 저가수주(덤핑)가 발생하고, 조약공사만 아니라 입찰방해나 복수업자의 공모에 의한 가격의 인상 등을 야기한 악덕업자가 발생하는 등 다양한 피해가 생겼으며, 입찰시장은 혼란에 빠졌다.⁶⁾ 이렇듯 담합행위는 일본 고유의 화합의 문화에 근간하는 것이라는 주장이 있지만, 회계법 제정에 의한 입찰시장의 혼란이라는 상황이 오늘날의 일반적 통념인 ‘담합협정’이라는 관행을 업계에 낳는 원천이 되었다고 한다.⁷⁾

(3) 칙령에 의한 지명경쟁입찰방식의 도입과 담합

회계법이 시행된 지 10년 후 1900년에 칙령(천황의 명령)에 의하여 ‘지명경쟁입찰방식제도’가 도입되었다. 그 후 1921년에는 회계법이 대폭 개정되었고, 일반경쟁입찰방식의 예외로서 지명경쟁입찰방식과 수의계약 등이 명문화되었다. 지명경쟁입찰은 법률상으로는 ‘예외’로 취급되었지만 실제로는 일반경쟁입찰방식은 거의 실시되지 않았고, 대부분 공공공사에서 지명경쟁이 채택되었는데, 이는 발주자나 수주자 모두 불량업체의 참가를 꺼려하였기 때문이라고 한다.⁸⁾ 따라서 1890년 메이지(明治) 회계법의 제정을 통해 원칙적으로 누구든지 입찰에 참가할 수 있는 일반경쟁입찰방식이 도입됨에 따라 불량 및 부적격업체의 참가가 증가하였고, 저가수주(덤핑)가 크게 문제되면서 다수의 업체에 의한 가격인상행위나 발주자에 의한 예정가격의 누설 등이 빈번하게 발생한 후, 1900년 칙령에 의하여 입찰계약에서의 지명경쟁입찰방식이 채택되면서 그 후 대부분 정부공사에서 지명경쟁입찰방식이 적용되었다. 이렇듯 지명경쟁입찰방식의 도입에 따라 덤핑문제는 완화되었지만, 근절이라고 말할 수 있는 상황에 이르지 못하는 못했다. 그 이유는 지명된 업체들 사이에서도 덤핑이 완전히 배제되지 않았기 때문이다.

이러한 덤핑 등의 폐해를 더욱 개선하기 위하여 1920년에는 정부에서 처음으로 ‘최저가격제한’을 설치하는 근거가 되는 ‘도로공사집행령’이 시행되었다. 이에 의하여 예정가격의 3분의 2 이하의 낙찰은 실격처리된다는 내용이 기재되었다. 또한 이 집행령은 형식적으로 지명경쟁입찰제도의 도입과 마찬가지로 ‘칙령’, 즉 천황의 명령이라는 형식을 띠고, 법률과 동일한 효력을 가지는 것이었다. 도로공사는 토목건설공사 중에서 비교적 단순하고 시공방법 등의 차이가 거의 없었기 때문에 지극히 저렴한 입찰가격은 부실공사가 예상되거나, 거기에서

6) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

7) 岩下秀男, 日本のゼネコン—その歴史といま—, 日刊建設工業新聞社, 1997.

8) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

일하는 근로자의 근무여건이 상당히 열악해지는 등의 폐해가 생길 수 있었다.⁹⁾ 다만 그러한 척령으로도 덤핑을 완전히 배제하기는 어려웠다. 그 이유는 정부의 적산(積算)이 충분히 가능한 업체에 대하여 '최저가격'의 입찰은 결코 어려움이 없었기 때문이다. 따라서 이 척령에 의하여 덤핑은 완화되었으나, 여전히 근절할 수는 없었던 것이다. 또한 일반적으로 최저제한가격을 하회하지 않는 입찰을 반드시 덤핑이라고 단정할 수 없지만, 최저제한가격에서 입찰이 덤핑이라는 의문을 가지는 것은 부정할 수 없다.¹⁰⁾

이러한 배경 아래 과당경쟁에 의한 덤핑수주의 방지를 위하여 이른바 '불량·부적격'인 업체를 제외한 업체들이 덤핑을 피하기 위하여 자율적으로 제도를 운용하기 시작하였다. 여기서 이른바 불량·부적격이라고 할 수 없는 업체를 '건전한 업체'라고 부르기 위해서는 기존의 덤핑을 피하기 위한 업체의 자율적인 제도의 운용을 통한 담합이라고 해석할 수 있을 것이다. 그 당시 담합의 유형으로는 지명경쟁입찰방식 하에 입찰참가예정업체를 입찰 전에 모으고, 담합전문가가 낙찰예정업체를 결정하면, 낙찰예정업체는 입찰참가업체와 담합전문가에게 수수료를 제시하였다. 이에 따라 담합전문가는 공사의 분량이 담합에 참가하는 업체 내에서 균형적으로 분배하고, 공사의 특성에 따라 가장 적절한 공사시행자를 선정하는 책임을 부담하였다. 하지만 이러한 방법은 여전히 많은 문제점이 남아 있었다. 우선, 담합금을 받으려는 목적으로 입찰·담합에 참여하고, 실제로는 충분한 시공능력이 없는 불성실한, 이른바 간판업자(看板業者)가 다수 발생하였다. 또한 낙찰예정자가 입찰참가자 및 담합전문가에게 지급하는 담합금이 많을수록 실제 시공비를 줄여야 할 것이고, 다시 적자수주에 의한 부실공사의 발생이 의심되었으며, 공사품질의 저하가 우려되었다.¹¹⁾ 다만 이러한 폐해를 수반하면서 덤핑을 회피하려는 건설업자의 불가피한 요청에 의하여 담합전문가는 계속되는 요구사항을 수렴하면서 입찰 및 담합은 유지되었다.

(4) 건설업계 단체의 결성

지명경쟁방식이 도입된 후 그 당시 토목건설업계에서 전국적 조직이 결성되었다. 회계법 제정 이전인 메이지(明治) 7년 토목건축에 관한 동업조합으로서 '목공수직업조합'이 결성되었다. 이 결성의 배경에는 메이지 초년에 독점적 동업조합(株仲間)이 폐지되었기 때문에 악

9) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

10) 그 당시 '최저가격'의 입찰은 채산(採算)을 고려한 업체의 적산에 근거하는 것이 아닌 부당한 가격설정이고, 덤핑의 의심을 가지는 것으로 보았다. 그러한 가운데 이른바 '불량·부적격'이라고 하지 않을 수 없는 업체를 제외한 업체 모두가 '부당한 덤핑'을 피하겠다는 동기를 강하게 가지게 되었다. 하지만 그 '동기'를 완벽하게 충족시키는 공적제도는 존재하지 않았고, 천황의 명령을 완전히 따르면서도 덤핑은 근절할 수 없다는 딜레마에 빠지게 되었다. 이 딜레마를 해소하기 위한 제도설계는 반복되었지만 천황의 권위 아래 운영되는 정부에서조차 한계가 존재하였다.

11) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

덕상인이 증가하고 건전한 업체가 공사를 수주받을 수 없는 상황이 있었다. 따라서 이에 대처하기 위해 조합을 설립하여 자신의 활동을 정당화하고, 정부로부터 보호받고자 하였다.¹²⁾ 그 후 공업화 및 자유화의 발전과 함께 시장이 광역화되면서 지역별 조합에서는 덤핑 등의 다양한 문제를 대응하는 것이 곤란해졌다. 그렇게 해서 개별 지역조직뿐 아니라, 보다 광범위한 지역을 포함하는 횡단조직¹³⁾의 필요성이 점차 증가하였다.¹⁴⁾

이러한 과정에서 도급업자의 광역적 횡단결속으로 1889년 일본토목조합이 창립되었다. 그 배경으로는 당시 활발한 철도공사를 목표로 하여 ‘악질적인 신흥도급업자’가 참가하면서 업계의 혼란이 우려되었다고 한다.¹⁵⁾ 당시 도급업에 대한 일반적인 평가는 일부 부도덕한 건설업체의 행위로 인해 상당히 불쾌하고 좋지 않았고, 이 때문에 성실하게 노력하는 업체의 정당한 권리도 인정받지 못하는 상황이 되었다.¹⁶⁾ 따라서 업계의 자주적인 대처로서 예컨대, 1915년 철도도급업협회가 출범하였는데, 그 목적은 유능한 토목업자간의 교류 및 협력에 의하여 업계의 건전화를 도모하고, 사회적 평가를 높이는 데 있었다.¹⁷⁾

(5) 양질의 담합에 대한 실질적 허용

메이지시대(明治) 후반부터 쇼와시대(昭和) 초반까지 담합하는 것 자체는 적어도 업계 내에서는 ‘공지의 사실’¹⁸⁾로 간주되고 있었지만,¹⁹⁾ 담합전문가 등의 횡행(橫行)에 의하여 담합금의 강요, 담합금의 상승 등, 임금체불, 자재대금의 미지급, 부정공사의 속출, 공사도중의 포기 등의 폐해도 끊이지 않았다. 그러한 가운데 적어도 업계 내에서는 ‘공지의 사실’로 간주되었던 담합 내의 악질적인 것은 다른 것과 명확히 구별되어 인식되고 있었다. 이러한 상황에서 업계 내에서도 ‘악질적인 담합’에 관한 다양한 제3자를 축출하고, ‘양질’의 담합만 집행할 수 있도록 업계 이외의 담합전문가뿐 아니라 업계 스스로 자주적으로 담합을 하게 되었다. 그 당시 입찰시장에서 한 건당 입찰참가자는 30~40개 회사이었고, 공갈과 살인사건

12) 岩下秀男, 日本のゼネコン—その歴史といま—, 日刊建設工業新聞社, 1997.

13) 노동조합을 분류하기 위한 명칭의 하나로 조합원 자격이 특정기업의 종업원인지 아닌지와 관계가 없으므로 기업 사이에 노동이동이 빈번한 노동자에게 알맞은 조직으로 그 전형은 직업별조합이다. 이에 반해 어떤 기업이나 공장의 종업원만을 조직한 조합을 종단조직이라고 한다.

14) 岩下秀男, 日本のゼネコン—その歴史といま—, 日刊建設工業新聞社, 1997.

15) 岩下秀男, 日本のゼネコン—その歴史といま—, 日刊建設工業新聞社, 1997.

16) 岩下秀男, 日本のゼネコン—その歴史といま—, 日刊建設工業新聞社, 1997.

17) 岩下秀男, 日本のゼネコン—その歴史といま—, 日刊建設工業新聞社, 1997.

18) 공지의 사실이란 일반적으로 널리 알려져 있는 사실, 즉 보통의 지식 및 경험 있는 사람이면 의심하지 않는 사실을 말한다. 역사상 명백한 사실이나 자연계의 현저한 사실이 여기에 속한다. 반드시 모든 사람에게 알려져 있는 사실임을 요하지 않고, 일정한 범위의 사람에게 알려져 있으면 족하다. 따라서 공지인가는 구체적인 사회생활에서 그 사실에 대하여 가지고 있는 의식에 따라 결정되는 상대적 개념이라 할 수 있다.

19) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

등이 횡행하였으며, 건전한 공사를 진행할 수 없었다. 자연재해가 많은 일본에서 비용만으로 공공공사가 발주되면 부실공사 등으로 연결되어 적절한 대책이 아니었고, 전통과 신용이 있는 업자를 특별지명방식으로 채택하는 것이 우량공사에 적합하며, 계속공사에 대하여는 다른 업체를 경쟁입찰로 선정하기보다 최초의 업체를 선정하는 편이 훌륭한 대책이었기 때문에 담합에 의한 경우가 대부분이었다고 한다.²⁰⁾ 물론 그 당시 분명히 담합에 의해 담합전문가가 이익을 얻었고, 그것이 목적이 되었다는 사정은 존재하지만, 해당 담합에 의하여 입찰가격뿐 아니라 각 업체의 능력과 사정, 도급업자간 작업량 등도 감안하여 수주업자의 조정이 도모되었고, 경쟁입찰방식에 의한 폐단이 배제된 상황을 짐작할 수 있다. 또한 건설업계 조직에서도 이러한 조정기능을 평가하고, 내부적으로 주도하려던 움직임이 있었다.²¹⁾

한편, 그러한 상황 속에서 당시 사법부는 ‘담합’에 대하여 비교적 관대하였던 것 같다. 1919년 나가노(長野)현 우에다(上田) 지역의 초등학교에 관한 담합사건에서 담합금의 유무에 관계없이 사기죄에 해당하지 않고, 담합행위 자체는 업체간의 자율적 협정으로서 영업의 자유로 용인된다고 하면서 무죄판결을 내렸다. 또한 1931년과 1936년 조선 고등법원판결에서는 낙찰가격에 담합금이 부과된 금액이 그 공사의 적정가격의 한도를 넘는 담합은 불법이라고 하였다. 즉 담합이 어느 일정한 범위에서 합법이라고 하였다. 이와 달리 담합금이 많은 경우에는 그것이 통상 미풍양속에 반하는 부당불법행위로 볼 수 있다는 논의가 있는 가운데, 담합을 단속하기 위하여 형법이 개정되기에 이르렀고, 1941년에 ‘담합죄’가 제정되었다. 초안에서는 담합을 전면적으로 위법한 것으로 보았는데, 그 후 수정이 반복되면서 결과적으로 담합을 옹호하는 업계의 주장이 어느 정도 받아들여지게 되었다.²²⁾ 즉 담합금이 많을수록 실제로 공사에 쓰이는 금액이 적고, 공사 및 완성품의 품질이 의심되기 때문에 담합을 통제 및 관리함으로써 중개료를 얻는 제3자나 담합에 참여함으로써 위법한 이익을 얻으려는 악질업자를 배제하는 것이 담합죄의 목적이었다.²³⁾ 다만 담합죄에 의한 단속에 대하여는 한정적이고, 위법이라고 판단하기 위한 기준이 매우 애매하기 때문에 실제로는 운용이 어려워져 거의 적용된 경우는 없었다.²⁴⁾ 그 결과 담합에 의하여 ‘공정한 가격’을 해치지 않거나, 금전이 목적인 제3자를 배제하도록 배려하면서 부정공사를 방지하기 위한 광의의 사회적 제도의 하나로서 담합이 사회적으로 이루어지는 것 자체가 사회적으로 인정하게 되었다.²⁵⁾

20) 菊岡俱也, 建設業を興した人々, 彰国社, 1993.

21) 菊岡俱也, 建設業を興した人々, 彰国社, 1993.

22) 이러한 담합죄의 제정에 대하여 업체간의 협정은 위법하지 않는다는 전제 하에 담합죄는 주로 담합전문가 등의 개입을 규제하기 위한 것이었다. 업체간의 자율적 협정은 동업자의 ‘공존공영’에 필요하였고, 그것에 개입함으로써 이익을 얻는 것은 위법이라고 하였다(武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994).

23) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

24) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

25) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

2. 공업조합법의 제정과 GHQ에 의한 규제

(1) 공업조합법 적용에 의한 기업지배구조 및 배급체제의 확립

제1차 세계대전 후 일본 국내산업의 쇠퇴와 수출무역의 급감에 따라 ‘공업조합법’이 1925년에 공포되었다. 그 목적은 “수공업자가 단결하여 공동의 이익을 증진하고, 자살적 경쟁을 없애므로써 원유(油種)무역상의 피해를 근절하는 것”이었다. 즉 국내의 각 업계시장의 지배구조(governance)에서 각 업계의 조합의 조직력을 차용하려는 방침이 정부에 의하여 채택된 것이다. 그 후 전쟁의 특색이 강해지면서 다시 생산성의 향상이 요구됨에 따라, 이 법에 따른 기업통제력이 더욱 강화될 수 있도록 빈번하게 개정이 이루어졌다. 또한 전시체제에서는 공산품의 배급기관으로서 조합이 지정됨에 따라 대소막론하고 대부분 기업이 조합에 의하여 통제되었다. 다른 한편으로 조합에 의한 통제력 남용을 막기 위한 행정관청에서 조합에 대한 통제력, 예컨대 조합의 인사에 대한 결정권 이외에 검사나 벌칙처분 등도 점차 강화되었다.²⁶⁾

그리고 1940년 이래 건설업계에서도 점점 공업조합법이 본격적으로 적용되었으나, 1942년에는 전시통제로서 회계법의 전시(戰時)특례와 일반경쟁입찰방식이 정지되었다. 이는 정부가 조합에 건설용 자재의 배급통제 역할을 맡기고, 업계도 그동안 문제되었던 부적격업체의 참가에 의한 덤핑 등의 규제를 실현할 수 있는 것에 큰 의미를 두었다. 이렇듯 조합이 중소기업도 포함하여 업계를 조직화함으로써 물자의 배급과 공사도급의 알선을 할 수 있도록 하였다. 즉 조합에 의하여 공사량 분배 등이 결정되면서 담합전문가 등 지금까지 담합에 따른 폐해의 단속도 정비함으로써 ‘공적기관에 의한 공사배급통제’가 확립되게 되었다.²⁷⁾ 그 결과 그동안 문제시되어 온 덤핑 및 부적격업체의 입찰참가의 폐해가 시정되는 동시에 세계대전의 전시체제가 강화되는 가운데 물자공급의 안정화가 도모되고, 업계의 통제를 위하여 조합이 그 역할을 담당하게 되었다. 이에 따라 종래 업계가 가지는 사회적 조정능력을 법적으로 자리매김하는 형태로 공공조달제도가 진화되었다고 해석할 수 있다.

(2) GHQ에 의한 자유경쟁화와 그 대처를 기반으로 한 법적 정비

1945년 제2차 세계대전 이후 연합국최고사령부(GHQ) 통치시대에 공업조합법 및 공공조달제도에 관한 각종 칙령이 파기되었고, 그 결과 공공조달제도는 메이지 시대의 무질서한 상태로 퇴보하게 되었다. 그리하여 일본의 건설업계는 메이지시대(明

26) 江副高章・片野博・井上朝雄, 工業組合法が建設業界の編成に与えた影響—建設業の統制に関する研究 その2—, 日本建築学会 九州支部研究報告 第46号, 2007. 3.

27) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

治)부터 쇼와시대(昭和) 초기까지 제도적 변화의 과정을 다시 걸어야만 하는 상황에 이르렀다. 이러한 배경 하에 1947년에 회계법, 예결령, 지방자치법이 각각 제·개정되었다. 해당 법령들은 1921년에 개정된 회계법과 기본적으로 동일한 것이고, 지명경쟁입찰방식 및 수의계약을 예외규정으로서 자리매김하게 되었다. 그리고 입찰계약제도의 운용에 있어서 지명경쟁입찰방식이 주로 채택된 것이었다.²⁸⁾ 다만 당시 토목건설공사의 대부분을 차지한 일본 국유철도의 철도공사에서 GHQ의 지시에 의하여 일반경쟁입찰방식이 적용되었다. 하지만 초기단계에는 덤핑입찰 등 메이지시대 초기의 회계법 제정 직후와 동일한 폐해가 발생하였다. 이러한 상황을 감안하여 일본의 국유철도는 도급계약방식으로 지명경쟁입찰방식이나 수의계약 등의 예외규정을 신설하고자 하였으나, GHQ의 동의를 얻지 못하였다. 하지만 1952년 4월 강화조약이 발효되면서 일본이 자율성을 회복되면서 도급계약에서 지명경쟁입찰방식의 적용이 가능하게 되었다.²⁹⁾

그 당시 미국은 지명경쟁입찰방식보다 일반경쟁입찰방식을 선호하였고, 이를 일본에 도입하기 위하여 압력을 행사하였으나, GHQ 통치가 종료됨에 따라 일본의 주권회복과 동시에 주권을 행사함으로써 제2차 세계대전 이전과 마찬가지로 지명경쟁입찰방식을 채택하게 되었다. 일본은 전쟁 후의 복구를 위한 건설투자가 증가하였고, 그 결과 공업조합법이 조성되기 이전의 상황과 마찬가지로 건설업자가 다시 급증하였으며, 이에 영향을 받아 지명경쟁입찰방식을 도입한 철도 외의 토목공사에는 다시 덤핑입찰 등의 혼란이 발생하게 되면서 종래의 담합조직이 부활하게 되었다.³⁰⁾ 다만 이러한 과정에서 GHQ에 의하여 1947년에 미국의 영향을 받은 공정거래위원회가 출범하였고, 사적독점의 금지 및 공정거래 확보에 관한 법률(독점금지법)이 시행되면서 담합 등의 부정행위를 단속하기는 것에 대한 법적 제도가 마련되었다.

다만 그 후 건설업법의 제정에 근간하여 마련된 중앙건설업 심의회에 의하여 1950년에 시공능력이 뛰어나고 신뢰할 수 있는 업체에 의한 공정하고 자유로운 경쟁을 도모하기 위하여 입찰제도의 합리화 대책이 마련되었고, 자격심사, 등급구분이 규정되었다. 특히 GHQ에 의하여 일반경쟁입찰방식이 규율됨에 따라 업체의 규모와 상관없이 경영상황이 악화되면서 상호 공사를 얻기 위하여 과당경쟁이 발생하였다. 따라서 이를 개선하기 위하여 업체를 규모에 따르게 평가하고, 그 규모에 따른 공사의 입찰에 참여할 수 있는 등급구분제도가 도입되었다.³¹⁾ 이와 같이 GHQ에 의하여 공공조달부문에서 입찰제도의 일반경쟁화와 독점금지법의 도입 등이 진행되었고, 그 중 다양한 폐해들을 감안하면서 공사현장의 실정을 제도에 반영시키기 위한 각종 대책들이 강구되었다.

28) 木下誠也, 公共調達研究: 健全な競争環境の創造に向けて, 日刊建設工業新聞社, 2012.

29) 日本鉄道建設業協会, 日本鉄道請負業史, 土木工業協会, 1990.

30) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

31) 木下誠也, 公共調達研究: 健全な競争環境の創造に向けて, 日刊建設工業新聞社, 2012.

(3) 저가수주대책을 시행한 회계법 개정

이러한 흐름 속에서 1961년 메이지시대에 입찰계약제도가 제정된 이후 계속 문제가 되었던 ‘저가수주’를 규제하기 위하여 회계법 일부 개정안이 통과되었고, 현저하게 낮은 저가입찰을 규제하기 위하여 저가입찰가격조사제도가 규정되었다.³²⁾ 이는 현저하게 낮은 가격의 입찰을 한 최저가격 입찰자에 대하여 계약의 내용을 적절히 이행 가능한 것인지 조사하는 것이다. 예컨대, 최저제한가격을 상회함에도 극단적인 저가수주의 경우에는 경영측면과 기술측면의 심사를 통과해야만 하였다.

그러나 2006년까지 이 제도가 적용된 경우는 거의 없었는데, 그 이유로는 다음과 같다.³³⁾ 첫째, 대부분 공사발주가 일반경쟁입찰방식이 아니라, 지명경쟁입찰방식에 의하기 때문에 과당경쟁이 거의 일어날 수 없었다. 둘째, 이 제도를 적용하는 경우는 거의 없었지만, 이 제도에 규정된 가격(최저제한가격 이상의 가격)이 경쟁이 격화(激化)되었을 때 입찰의 하한의 기준으로서 참조되었고, 덤핑 등을 억지하는 효과가 있었다. 셋째, 저가입찰가격의 조사절차가 복잡하였기 때문에 현저하게 낮은 저가입찰이 발생한 경우에도 입찰자에게 사퇴를 촉구함으로써 해당 문제를 해결하였다. 이러한 유형으로 이 법이 실제로 적용되지는 않았지만, 이 법이 덤핑을 억지하는 효과를 발휘한 것으로 본다.

(4) 제3자 및 담합금을 수반하지 않는 담합

전쟁 이후에 공업조합법이 폐기되면서 담합이 다시 이루어지게 되었는데, 1960년까지는 담합사건이 증가하였으나 법원이 그 유용성을 인정하는 판결을 내리는 경우도 종종 있었다. 또한 이때에는 전쟁 이전의 담합의 반성으로 “제3자를 포함하지 않고, 음주가무를 하지 않으며, 담합금을 내지 않는다.”는 것을 원칙으로 하였고, 업계에서도 담합에서 질서를 위하여 제3자 및 담합금이나 지참금 등의 행위를 배제하고자 하였다.³⁴⁾ 그 대표적인 것으로는 1949년 오카야마(岡山) 담합사건과 1964년 시가현(滋賀縣) 구사쓰시(草津市) 및 이시베초우(石部町) 상수도공사에 관한 담합사건 등이 있다.³⁵⁾ 이러한 담합은 그 당시의 관행으로서 다음

32) 木下誠也・佐藤直良・松本直也・芦田義則, 公共工事調達における低入対策の歴史的考察, 土木学会論文集 F4 特集号 Vol. 66 No. 1, 2010.

33) 木下誠也・佐藤直良・松本直也・芦田義則, 公共工事調達における低入対策の歴史的考察, 土木学会論文集 F4 特集号 Vol. 66 No. 1, 2010.

34) 土木工業協会・電力建設業協会, 日本土木建設業史, 1971.

35) 전자인 오카야마(岡山) 담합사건에서는 비교적 고액인 담합금을 ‘일종의 권리인수금’이라 하고, 제3자에 의한 담합이 있었음에도 불구하고, 담합죄는 적용되지 않았으며, 무죄판결이 되었다. 또한 후자인 상수도공사에 관한 담합사건의 재판에서는 덤핑의 우려 등을 인정하였고, 담합이 업체의 공존을 도모하는 경제적 합리성을 인정하였으며, 낙찰가격이 통상의 이윤을 업체에 야기하는 한 담합죄는 적합하지 않다고 보아 이를 무죄라고 하였다(武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994).

과 같이 집행되었다.³⁶⁾ 지명경쟁입찰방식에서 개인인 담합전문가(업체)가 입찰 전에 지명업자와 논의하여 낙찰자와 낙찰가격을 결정하였다. 여기서 기본적으로 담합금 수수료는 없고, 장래의 낙찰보증과 같은 형태로 공사의 분배를 실시하였으나, 예외적으로 낙찰자가 담합전문가와 다른 지명업체에 담합금을 지급하는 경우도 있었다. 그러나 이 당시 담합에서도 양질의 담합과 악질의 담합이 존재하였고, 덤핑의 폐해를 방지하기 위한 ‘추적된 가격 협정’으로 부득이하게 ‘양질의 담합’이 집행되었으며, 또한 예산집행에 있어 정부의 부적절한 행정 대응에 의하여 덤핑이 조장되었을 가능성도 있다.

3. 독점금지법의 강화와 종합평가방식의 도입

(1) 독점금지법의 적용 및 담합사건의 규제

1960년대에 들어오면서 그 때까지 실질적으로 거의 단속되지 않았던 입찰담합행위에 대하여 독점금지법이 적용되었다. 즉 업계 내에 담합에 의한 조정질서가 큰 전환을 맞게 되었다. 지금까지는 제3자를 개입하지 않아도 담합제도에 의하여 부당한 덤핑을 회피할 수 있었는데, 그것이 반드시 용이하지 않다는 상황이 되었다. 그래서 이러한 체계가 유지하기 위하여 업계는 정치가의 권위를 차용한 형태로 담합제도를 운용하게 되었다. 그 배경에는 정치가는 관료에 대하여 강한 영향력을 행사할 수 있다는 사정이 있었고, 이와 동시에 정치가에게도 자신의 정치자금을 모으고 영향력을 높이기 위하여 건설업은 적절한 상대방이었다고 한다.³⁷⁾ 따라서 1970년대부터 정치가가 담합구조에 개입하게 되었고, 이는 ‘업계자치’를 위한 담합에 이른바 ‘신탁’(天の聲)³⁸⁾의 영향이 미치게 된 것을 의미하고, 정치가와 관료가 얽힌 관제담합의 특색이 한층 더 짙어졌다.³⁹⁾ 또한 이 시기에 정치가에 의한 업계에의 개입이 진전된 배경에는 공정거래위원회와 건설업계의 담합을 둘러싼 각종 대립에서 건설업계 측이 정치가의 힘을 차용하는 경우가 자주 발생하는 사정이 있었다.⁴⁰⁾

한편, 1980년대에 들어서면서 그때까지 담합을 적극적으로 단속하지 않았던 공정거래위원회의 태도가 조금씩 엄격하게 되었다. 이는 미국과 일본의 건설마찰을 문제시하던 미국이 일본의 건설시장을 개방하도록 강하게 요구하기 시작한 것이 배경이 되는 것 같지만,⁴¹⁾ 그

36) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

37) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

38) ‘신탁’(神託)의 의미로서 관청주도 담합(談合)에서 관계기관장이나 간부에 의하여 특정수주업자를 지정하는 것을 의미한다.

39) 宮崎学, 談合文化論, 祥伝社, 2009.

40) 이러한 태도의 변화는 미국과 일본의 구조회의로 발전하고, 그 후 일반경쟁입찰원칙을 도입하는 큰 요인이 되었다고 한다(武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994).

41) 藤井聡, コンプライアンスが日本を潰す, 扶桑社新書, 2012.

러한 가운데 마침내 1981년에는 건설업계를 독점금지법 위반으로 단속하는 시즈오카(静岡) 사건이 발생하였다. 이 사건에서는 그때까지의 전형적인 ‘공사배분을 목적으로 한 담합’이 공정거래위원회에 의하여 엄격하게 추궁되었다. 다만 이 사건을 계기로 건설업계는 독점금지법에 위반이 되는 범위, 위반이 되지 않는 범위를 명확히 할 필요성을 인식하게 되었다. 그 결과 1984년 ‘공공공사에 대한 건설업에서 사업자단체의 여러 활동에 관한 독점금지법의 지침’이고 하는 건설업용 가이드라인을 발표하게 되었다. 이 가이드라인은 어떠한 ‘사업자단체의 여러 활동’이 독점금지법의 대상이 되는지를 규율함에 따라 이를 통하여 ‘위법이 되지 않는 담합’이 나타나게 되었다.⁴²⁾ 그 당시 일본에서는 담합이 사실상 사회적으로 해악을 초래하기보다는 각종 공익의 관점에서 담합의 필요성을 어느 정도 인식하게된 계기가 되었다.

(2) 입찰계약합리화에 대한 대규모 개혁

1989년 미국과 일본의 구조협의를 근간으로 하여 미국에서 건설시장 개방과 일반경쟁입찰방식으로의 전환 및 독점금지법 규정의 강화를 요구하였다. 그 결과 정부는 독점금지법의 위반인 담합행위를 단속할 수 있도록 1994년 국가 직할의 대규모 공사에 대하여 일반경쟁입찰방식을 본격적으로 채택하게 되었다. 그 후 해당 공사가 점차 확대되고, 대부분 공공공사에서 오랫동안 채택되어 온 지명경쟁입찰방식이 일반경쟁입찰방식으로 전환되었다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 그러나 그 결과 당연히 덤핑이 빈발하게 되었고, 그 결과 필연적인 귀결로서 ‘품질의 약화’가 생기게 되었다. 이에 따라 그러한 문제를 음성적으로 회피하려는 사회적인 움직임이 활발해졌고, 결국 담합이 필연적인 귀결로서 이루어지게 되었고, 종종 담합이 규제되었다. 이러한 상황은 전쟁 이전에 공업조합법이 시행되기 이전의 상황과 유사한 상황이라고 해석할 수밖에 없다.

(3) 기술과 가격을 고려한 종합평가방식의 본격적인 도입

그 후에도 담합사건이 종종 사회문제가 되었고, 지명경쟁입찰방식이 담합의 온상(溫床)이 되었으며, 더욱 일반경쟁입찰방식의 확대가 요구되는 한편, 그때까지 발주자에 의한 입찰참가업체의 지명에 의하여 담보되었던 ‘품질’을 얼마나 확보하느냐가 문제되었다. 이러한 상황을 배경으로 건설부는 1998년 ‘공공공사의 품질확보 등을 위한 행동지침’을 발표하였다. 또한 같은 해 가격과 품질을 종합적으로 감안하고, 낙찰자를 결정하는 종합평가방식의 시행공사가 공고되었다. 그 후 이 방식에 의한 일반경쟁입찰방식의 적용이 더욱 확대되었고, 2005

42) 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.

43) 木下誠也, 公共調達研究: 健全な競争環境の創造に向けて, 日刊建設工業新聞社, 2012.

44) 藤井聡, コンプライアンスが日本を潰す, 扶桑社新書, 2012.

년 수행된 ‘공공공사의 품질확보의 촉진에 관한 법률’의 실행방안으로 국토교통성은 종합평가방식에 의한 일반경쟁입찰방식으로의 전면적인 전환을 결정하였다.

(4) 종합평가방식에서 덤핑문제의 발생

종합평가방식의 전면적인 채택이라는 커다란 방침의 전환이 진행되는 가운데 1997년에는 독점금지법의 적용제외항목이 원칙적으로 철폐되었고, 2000년대에 들면서 행정 측면에서도 독점금지법의 위반에 의한 처벌이 규정되었다. 이에 따라 당시 빈번하게 발생한 담합사건이 적발되었고, 2005년 대형건설사들은 마침내 ‘담합결별선언’을 발표하기에 이르렀다. 한편으로 이외는 다른 경향으로 이 시기에 정부에 의한 공공사업예산이 급감하였다. 이러한 공공조달제도의 개혁과 공공사업비의 격감에 의하여 업체에 의한 치열한 수주경쟁이 심해지게 되었고, 공공공사의 품질확보가 다시 우려되게 되었다. 이에 따라 국토교통성은 다양한 덤핑대책을 강구하였지만, 전혀 개선되지 못하였고, 2006년에 ‘긴급공공공사의 품질확보방안’을 강구하게 되었다. 저가입찰에 의한 품질을 확보할 수 없는 경우의 대책으로서 극단적인 저가입찰자에 대하여 특별중점조사를 실시하거나, 조사기준가격을 하회하는 경우 시공체제의 엄격한 심사 등⁴⁵⁾에 의하여 현저하게 낮은 저가입찰의 발생건수는 감소하였지만, 이 방식에 대하여 발주자와 수주자 쌍방의 부담증가나 평가기준의 공평성을 담보하기가 어려운 점 등 다양한 문제점이 현재에 이르기까지 지적되었고, 순차적으로 수정을 둘러싼 논란이 거듭되었다.

Ⅲ. 우리 법에의 시사점

1. 일본에서 공공조달제도의 발전

(1) 제도적 전환의 과정

메이지시대 이후의 공공조달제도를 둘러싼 역사적 변천을 정리하면 다음과 같다. 즉 입찰가격에 의한 경쟁만으로는 공공공사의 적절한 품질을 충분히 확보할 수 없다는 것이 민·관 양측의 공통된 견해이고, 일본의 입찰계약제도는 품질확보에 관한 비가격 요소를 어떻게 평가해야 하는가에 대하여 모색하면서 계속 수정을 거듭함으로써 원칙적으로 경쟁입찰방식

45) 일본 국토교통성의 긴급공공공사의 품질확보대책(緊急公共工事品質確保対策について)에 관하여는 (http://www.mlit.go.jp/kisha/kisha06/00/0012_08_.html, 2006. 12. 8).

의 연장선을 이어왔다. 그리고 그 가운데 일본의 공공조달제도는 쇼와(昭和) 12년(1937년) 이후의 전시체제인 국가사회주의적 통제경제라는 특수한 환경에서 제2차 세계대전 패전 직전의 시점에 업계의 사회조정능력을 법률상 적극적으로 정식으로 규정하는 제도까지 이르렀으나, 패전에 의하여 그 제도가 해체되었고, 다시 업계의 조정능력을 정식으로 활용하지 않는 입찰제도가 도입되었다. 그 결과, 필연적으로 담합이라는 조정질서가 경쟁입찰에 의한 폐해의 시정을 보완하기 위하여 도입된 것이 전쟁 이후의 역사적 경위이었다. 그러나 담합이라는 협의에 의한 수주예정자의 결정에는 그 결론을 유지할 힘이 필요하기 때문에 정치인이나 발주자 등의 개입을 초래하였고, 부적절한 관계담합 등 ‘비리의 온상’으로 되기 쉬운 구조적 특질이 있었던 것도 사실이라고 본다. 그리고 다시 거기에 미국과 일본의 건설 마찰을 야기한 독점금지법을 강화하려는 움직임에 의하여 업계의 자율적인 담합기능이 더 약화되었고, 그때까지의 조정질서가 무너지게 되었다.

(2) 공공조달에서 담합의 역할

‘담합’의 실태를 완전히 파악하는 것은 정보수집의 한계 때문에 실질적인 어려움이 존재할 수밖에 없다. 하지만 역사적으로 담합은 그 목적에서 방법까지 실제로 다양한 형태로 존재하였고, 앞서 언급한 바와 같이 담합이라고 불리는 제도에는 이른바 건전한 업체가 불량 부적격한 업체를 배제하는 동시에 부당한 덤핑을 회피하는 기능도 있었기 때문에 담합은 ‘양질의 담합’과 ‘악질적 담합’으로 구별할 수 있다. 여기서 ‘양질의 담합’이란 경쟁입찰에 의한 덤핑의 발생이나 불량부적격한 업체의 참가 등을 막고, 공사의 적절한 품질을 확보하기 위하여 제3자에게 이익유도행위를 배제한 업체간의 자율적인 절차 및 경우에 의하여 발주기관의 직원도 관여하면서 해당 공사의 특성이나 업체의 시공실적, 기타 사정을 종합적으로 감안하고, 입찰 이전에 입찰참가자의 입찰금 등을 조정하며, 수주가격과 수주업체를 결정하는 행위이고, ‘악질적인 담합’이란 입찰 이전에 입찰참가업체, 발주기관의 직원 또는 그 이외의 제3자를 포함한 관계자가 입찰에 있어 부당하게 이익을 얻기 위한 목적을 가지고, 입찰 이전에 각 입찰참가자의 입찰금 등을 조정하며, 수주자와 수주가격 등을 미리 결정하는 행위이다. 예를 들어, 제2차 세계대전 이전에는 메이지시대 말기부터 쇼와시대 초기까지 ‘담합전문가, 지방의 유지, 금품의 시대’로서 ‘나쁜 담합’의 시대라고 볼 수 있다.⁴⁶⁾

그 후 업계조직에 의하여 자율적인 조정행위를 하는 체제가 마련되기 시작하였고, ‘좋은 담합’의 시대가 되었다. 하지만 ‘좋은 담합’도 그 구조상 조정을 성립시키기 위한 강제력이 필요하였기 때문에 본래의 ‘공익을 위한 업계 자치’로부터 분리하는 경향을 내포하였던 것으로 본다. 그리고 그 경향이 추진된 요인으로 1993년의 건설비리사건을 예로 들어 다음과

46) 宮崎学, 談合文化論, 祥伝社, 2009.

같이 지적하였다.⁴⁷⁾ 첫째, 자율조정을 구축한 업계에 시즈오카(静岡) 사건 이후 정치가의 개입이 점차 증가한 것이고, 둘째, 미국과 일본의 건설마찰 등을 계기로 업계의 자율적인 담합의 기능이 약화되었으며, 반대로 정치인이나 자치단체장의 발언권이 강해진 것이다. 셋째, 업계의 자율적인 조정을 의심하여 ‘양질담합의 악질화 촉진’의 요인으로 메이지시대 회계법 제정에 따른 일반경쟁입찰방식이 도입되었으며, 제2차 세계대전 이후 연합국최고사령부(GHQ) 통제 하에서 경쟁성 향상방안이 제시된 것이다. 여기서 ‘양질담합의 악질화’라는 구조상의 필연적 귀결을 회피하려는 움직임이 많이 시도되었다. 예컨대, 그동안 제3자의 개입에 의하여 담합금이 상당히 컸던 상황을 염려하여 제3자를 배제한 담합의 지휘를 자청하였는데, 그 역할을 담당하지 않으려 한 것이 토목업협회 지휘부이었다. 업계조직에 의한 담합조정통제는 결과적으로 실현되지 못하였지만, 전시의 특색이 강해진 것과 맞물려 더욱 그 필요성이 높아지게 되었으며, 공업조합법 적용에 의한 업계통제가 최종적으로 실현하게 되었다.

(3) 공공조달제도의 적정화 구축

이 글에서는 사회간접자본의 정비에서 가장 중요한 사명인 ‘국민의 생명과 안전을 지키는 것’이라는 관점에서 그동안 공공조달제도의 역사적 변천과 더불어 담합이 공공조달에 담당하였던 역할에 주목하여 고찰하였다. 그 결과 주로 다음과 같은 두 가지의 시사점을 얻을 수 있었다. 첫째, 공공조달제도를 둘러싼 논의의 역사적 변천으로부터 공공조달제도에는 덤핑의 방지 등의 가격측면, 불량부적격 업체의 배제 등의 품질측면, 필요한 지역건설 공급력의 유지 및 확보 등의 지역활력과 재해방지측면 등의 기능과 역할이 중시되어 온 점이다. 둘째, 앞서 살펴본 공공조달제도의 역할을 담당하는 업계에 의한 자율적인 제도운용으로 ‘양질’의 담합이 적어도 일부 측면에서는 이루어졌고, 공공조달제도로는 대응할 수 없는 기능적 보완을 실시하였으며, 공익에 이바지한 부분은 부인하지 못한다는 점이다. 그리고 제2차 세계대전 이전에는 업계의 자발적인 제도운용으로 형성된 앞서 언급한 ‘양질의 담합’의 구조를 국가권력 하에서 합법화되는 대처가 ‘공업조합법’에 의하여 추진되었다고 해석 가능한 경위가 전개되었다. 그 결과로서 자율적인 협정과 ‘공업조합법’에 의하여 부정당업자와 담합전문가 배제, 품질의 확보나 배급의 통제 그리고 덤핑의 회피가 실현되었다.

현재 우리나라의 공공조달을 둘러싼 환경은 20세기 전반의 상당히 혼란한 상황과 유사한 상황에 놓였다고 해도 과언이 아니다. 적절한 공공조달제도의 방향을 모색한 후 업계별 시장의 특성을 고려할 필요가 있다. 예컨대, ‘대량으로 만들어진 물건을 반복적으로 판매하고, 대량으로 소비하는 사회’라는 소위 ‘대량생산·대량소비’가 형성된 업계의 경우 ‘자유로운

47) 亀本和彦, 公共工事と入札の適正化—入札談合の排除と防止を目指して—, 国立国会図書館, 2003.

시장에서 실현하는 가격조정메커니즘'이 가능하다. 이러한 업계에서는 카르텔과 같은 일종의 '규제'가 가격조정메커니즘의 폐해가 되는 반면, 건설업은 그 반대의 '소량생산·소량소비'의 전형적인 예가 된다. '소량생산·소량소비'의 업계에서는 ① 발주량의 변동에 의하여 업체가 도산하고, ② 발주량이 많을 때도 그것을 도급하는 위탁업체가 없으며, ③ 그 결과 발주가격이 급등하는 악순환에 빠지게 된다.⁴⁸⁾ 이러한 악순환을 회피하고, 시장규모와 적정 업자수의 균형을 유지하며, 불량부적격한 업체의 도태를 도모한 후, 제2차 세계대전 이전에 적용된 공업조합법이 입찰계약제도를 둘러싼 다양한 문제를 시정하는 것을 근거로 한다면, 향후 제도설계에 있어서 당시의 제도는 충분히 참고할 만한 것이라고 본다.

2. 부패의 개념에 대한 관점 변화

(1) 근대적 개념에서 현대적 개념으로 전환

근대적 의미에서 부패는 기관이나 조직이 해당 규범이나 법을 위반하는 것이었다. 이는 개인의 내면적 입장에서 행위의 판단기준을 중시한 종래의 견해에서 공공의 기관이나 조직의 입장에서 개인의 행위가 조직의 목적에서 벗어나는 것을 그 판단기준으로 확대하였다. 그 후 현대적 의미에서 부패의 개념은 기관이나 조직의 구성원인 행위자의 의사결정이나 선택, 공익과 사익의 변화와 같은 요인 등을 고려하고 있다. 즉 현대적 의미의 부패는 법률의 위반으로서 내적인 청렴(integrity) 여부보다 그 행위의 결과의 부패 여부를 판단기준으로 하고 있다.⁴⁹⁾ 그런데 이러한 부패 개념이 지속적으로 변화된 원인은 그동안 도덕 및 윤리와 밀접한 개념으로 사용되었기 때문이다. 즉 부패 개념은 일종의 도덕적 개념으로 사용되었다. 그러나 19세기 이후 근대화과정에서 부패 개념은 점진적으로 변화되었고, 범영역에서 종전의 자연법론을 대신하여 법실증주의가 지배적 법이념으로 대체되면서 부패의 개념이 도덕적 의미의 부패 개념과 법적 의미의 부패 개념으로 나뉘게 되었다.⁵⁰⁾ 특히 서구의 자연법사상을 계수한 일본과 우리나라의 경우에는 도덕적 의미의 부패와 법적 의미의 부패가 명확하게 구분되지 않고, 일종의 변종된 형태로 발전하게 됨에 따라 사회적 관행의 형태로서 합법과 불법의 경계에 서있는 모호한 경우가 존재하거나 또는 선량한 풍속 혹은 기타 사회질서에 위반되는지 여부가 불명확한 경우가 발생하였다. 현대적 의미에서 부패에 해당하는 사항들이 전통적 관점에서는 상호적 합의를 명백하게 위반하더라도 타인의 권리를 명백하게 침해하는 것이 아니라고 보았기 때문에 이를 부패라고 할 수 없었다고 한다.⁵¹⁾

48) 藤井聡, *コンプライアンスが日本を潰す-新自由主義との攻防-*, 扶桑新書, 2012.

49) 김진영, "부패 개념에 대한 고찰", 『한국부패학회보』 제22권 제4호, 한국부패학회(2017), 84면.

50) 양천수, "민사법의 구조변동과 부패 개념의 변화", 『한국부패학회보』 제20권 제4호, 한국부패학회(2015), 31-32면.

(2) 공공부문에서 민간부문으로 확대

판례는 공공조달에 관한 계약을 사법상의 계약으로 보기 때문에 공적 영역보다는 사적 영역으로 판단하는 경우가 많았고, 그동안 이러한 사적 영역에서 부패의 개념을 직접 규율하는 규정은 많지 않았다. 그러나 점진적으로 「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」 및 「형법」 등에서 부정청탁과 금품수수 등을 금지하였고, 대상자 중 공직자의 범위를 두고 다양한 논쟁이 발생하였다. 이러한 부패방지법은 부패 예방과 효율적 규제를 목적으로 하는 것으로 공공기관의 책무, 정당의 책무, 기업의 책무 등을 규정하고 있는데 그 부패의 개념정의와 관련하여 점차 민간부문의 부패도 부패의 일부로서 보고 있다.⁵²⁾ 만일 법률에서 부패에 대한 개념규정을 모호하게 규정하면, 해당 행위가 명백하게 사회정의에 위배되고 국가에 해를 끼쳤음에도 불구하고 처벌이나 기소 자체가 곤란한 경우가 있다. 특히 직무관련성 관련하여 공무원의 부패 행위가 있더라도 대가성이 없으면 처벌되지 않는 경우가 종종 있기 때문에 도덕적으로 문제가 되더라도 해당 규정이 없으므로 부패가 되지 않는 경우가 있다. 따라서 부패 행위의 개념과 기준 등을 보다 다양화 및 구체화하여 부패방지를 위한 법제도의 정비가 필요할 것이다.⁵³⁾

문제는 공공조달에 있어서 부패 개념의 범위가 확장됨에 따라 사회적 관행이 점차 부패 행위로 판단될 수도 있다. 예컨대, 담합 등 불공정한 행위는 특정한 행위가 타인의 권리를 침해하지도 상호적 합의에 위반하지 않는데도 공정성이라는 사회적 가치 또는 미덕을 침해함으로써 사회적 부패행위로 비난받는 경우가 있다. 원칙적으로 공공조달은 공정한 조건에서 체결되어야 함에도 불구하고, '양질의 담합'의 경우에까지 부패로 판단하여 규율하는 것이 타당한지에 대한 구체적 검토가 필요하다고 본다. 일본의 사례에서 살펴보면, 양질의 담합은 경쟁입찰에 의한 덤핑의 발생이나 불량부적격한 업체의 참가 등을 막고, 공사의 적절한 품질을 확보하기 위하여 제3자에게 이익유도행위를 배제한 업체간의 자율적인 절차를 준수하며, 해당 공사의 특성이나 업체의 시공실적 등을 종합적으로 판단하여 부적격한 업체를 사전에 제거할 수 있으므로 재정건전성이 낮은 일본과 우리나라의 경우 과연 이러한 양질의 담합까지 규제할 필요가 있는지 의문이다. 그 이유는 일반적으로 담합 등에 의하여 입찰경쟁에서 부정적인 영향을 야기하는 경우에는 원칙적으로 부패행위로서 규율하는 것이 타당하나, 과연 정의론의 차원에서 부패행위를 척결하는 것이 적절한 것인지, 예컨대 우리 사회의 공동체의 연대성을 제거함에 따라 사회적 경직성이 짙어지는 것이 아닐까 한다. 오히려 부패의 목적을 온전히 달성하면서도 종래 우리 사회가 유지한 공동체의 연대성

51) 양천수, 위의 논문, 38면.

52) 김진영, 앞의 논문, 93-94면.

53) 최철호, “공공기관의 부패방지를 위한 정부의 역할과 법적 방안”, 『토지공법연구』 제85집, 한국토지공법학회(2019), 261면.

과의 조화로운 운영이 필요하다고 본다.⁵⁴⁾

3. 우리 법에의 시사점

이 글에서는 일본의 공공조달에서 그동안 담합이 중요한 역할을 하였던 점을 주목하면서 다음의 세 가지 특징을 중심으로 시사점을 제시하고자 한다. 첫째, 공공조달제도의 역사적 변천과정에서 덤핑의 방지 등 가격측면, 불량부적격 업체의 배제 등 품질측면, 건설공급력의 유지 및 확보 등 지역활력과 재해방지측면 등의 기능과 역할이 중시된 점이다. 둘째, 공공조달제도의 역할을 담당하는 업계에 의한 자율적인 제도운용에 의하여 ‘양질’의 담합이 적어도 일부 긍정적인 측면이 있고, 공공조달규제로는 대응할 수 없었던 기능적인 보완을 이루었으며, 공익에 이바지한 부분은 부인하지 못한다는 점이다. 셋째, 제2차 세계대전 이전에는 ‘양질의 담합’의 구조가 국가권력 하에서 합법화되는 체계가 마련되어 「공업조합법」이 도입됨에 따라 업체간의 자율적 협정과 부정당업자와 담합전문가의 배제, 품질의 확보나 배급의 통제 및 덤핑의 회피 등이 실현되었다는 점을 미루어보아 담합 등을 무조건적으로 규제하는 것만이 적절한지 의문이고, 현실적인 다양한 문제를 해결하기에는 한계가 있다고 본다. 그러므로 실효적인 공공조달체계를 구축하기 위하여는 부패행위로서 담합이 ‘필요악’으로서 판단되는 구조적인 원인을 살펴보고, 이를 제도적으로 운영할 수 있는 체계를 구축할 필요가 있다고 본다. 이를 통하여 향후 입찰경쟁시장의 현황에 관한 보다 정밀한 실태분석 외에 공공조달의 발주기관에서 시행된 새로운 개선안의 효과에 관한 연구가 필요할 것이다. 현재 공공조달제도를 둘러싼 환경은 20세기 전반의 일본의 혼란한 상황과 상당히 유사한 상황으로 업계의 악순환을 회피하고, 시장규모와 적정업자수의 균형을 유지하며, 불량부적격한 업체의 도태를 도모한 ‘공업조합법’이 당시 입찰계약제도를 둘러싼 많은 문제를 시정한 것을 검토함으로써 향후 제도설계에 있어서 일본의 공공조달제도의 역사적 변천과정을 참고하는 것은 중요하다고 본다.

공공조달제도의 개선에 있어서 쟁점은 다음과 같다. 첫째, 경쟁입찰방식을 원칙으로 하는 가운데 공사품질의 확보이고, 둘째, 담합 등에 의한 부패행위의 방지이다. 전자에 대하여 덤핑을 중심으로 한 공사품질 악화의 문제는 역사상 과거 여러 차례 거론되었다. 근래에는 특히 1990년 이후 보다 경쟁성과 투명성 높은 입찰제도를 목표로 하여 직할공사에 대하여 일반경쟁입찰방식의 도입을 진행하였다. 그 결과 덤핑과 그에 따른 공사품질 악화의 우려가 증가하였다. 이러한 영향으로 부정 및 부패행위가 발생하지 않는 시스템을 목표로 하면서 기업의 기술력을 정확하게 평가 및 활용하기 위하여 대규모 공사의 일반경쟁입찰방식으로 시작하여 VE, 설계시공일괄(Turn key), 종합평가방식 등의 다양한 입찰방식이 도입되었다.

54) 양천수, 앞의 논문, 48-49면.

또한 2000년대부터 기술력에 의한 경쟁의 촉진과 입찰계약절차의 투명성 향상 등을 도모하고 있으나, 여전히 업체간의 덤핑에 따른 수주, 적정시공에 대한 우려 등의 문제가 해소되지 않고 있으며, 그 주된 원인은 기업의 기술력을 평가하는 다양한 입찰방식, 예컨대, 종합평가방식 등의 보급이 충분하게 이루어지지 않은 것으로 본다. 그리고 가격과 품질의 종합적인 평가에 있어서 가장 훌륭한 것을 조달한다는 이념으로서 다양한 제도가 마련되었음에도 불구하고, 그 운용과 관련하여 여전히 덤핑뿐 아니라 다양한 문제점이 지적되고 있다. 이러한 다양한 논의를 바탕으로 정부 및 국토교통부는 공공공사 계약의 적정화를 목적으로 장기간 문제된 공공공사의 생산시스템의 구조를 새로운 방향으로 모색하면서 현재 변화의 단계에 접어들고 있다.

공공조달제도의 적정화에 있어서 담합과의 관련성은 지속적으로 지적되었고, 또한 관련 법률의 제정이나 새로운 입찰방식의 도입 등 제도적인 개편도 당시 사회문제로서 크게 거론된 입찰담합사건과 관제담합방지법 제정 등의 영향을 적지 않게 받아왔다고 할 수 있다. 한편, 담합이 ‘품질관리와 부실공사 방지시스템으로서 운영된다는 점’, ‘업계의 건전한 자치·자위수단이라는 점’ 등을 논거로 하여 담합이 공익을 확보하기 위하여 행해질 수 있다는 점을 이해할 필요가 있다. 담합에 대한 사회적·경제적으로 부정적 인식에 따른 다양한 제재가 늘어나고 있음에도 불구하고, 여전히 담합사건이 빈번하게 발생한다는 점을 근거하면, 그것이 어떠한 기능이 있었는지를 밝히면서 그 기능의 정당성 및 부당성을 살펴본 후, 경우에 따라 제도적 설계에 반영할 필요성이 있을 수 있다. 따라서 담합문제에 대하여 그 구조적인 배경을 검토한 종합적인 논의가 필요하고, 만일 이러한 주장대로 담합이 공익에 이바지하는 목적으로 이루어졌다면, 담합이 가진 조정기능을 검토하는 것은 향후 입찰계약제도의 적정화를 추진하는데 중요한 시사점이 될 수 있다고 생각된다. 원칙적으로 공공조달은 공정한 조건에서 체결되어야 함에도 불구하고, ‘양질의 담합’의 경우에까지 부패로 판단하여 규율하는 것이 타당한지에 대한 구체적 검토가 필요하다고 본다. 공공조달제도는 시대적 상황을 감안하면서 시행착오가 반복되어 현재에 이르고 있고, 각각의 운영방식에 대하여는 다양한 연구가 이루어졌다. 기존의 연구에서 주된 지적은 공공조달제도에서 고려해야 할 사항(예를 들면, 필요한 품질확보를 위한 덤핑의 방지 등)이 반드시 현행 제도에서 충분히 고려되지 않을 수도 있다는 점을 시사하고 있다고 본다.

참고문헌

- 김진영, “부패 개념에 대한 고찰”, 『한국부패학회보』 제22권 제4호, 한국부패학회(2017).
- 양천수, “민사법의 구조변동과 부패 개념의 변화”, 『한국부패학회보』 제20권 제4호, 한국부패학회(2015).
- 최철호, “공공기관의 부패방지를 위한 정부의 역할과 법적 방안”, 『토지공법연구』 제85집, 한국토지공법학회(2019).
- 飯吉精一, 建設業の昔を語る, 技報堂, 1968.
- 岩下秀男, 日本のゼネコン—その歴史といま—, 日刊建設工業新聞社, 1997.
- 江副高章・片野博・井上朝雄, 工業組合法が建設業界の編成に与えた影響—建設業の統制に関する研究その2—, 日本建築学会九州支部研究報告 第46号, 2007.
- 亀本和彦, 公共工事と入札の適正化—入札談合の排除と防止を目指して—, 国立国会図書館, 2003.
- 菊岡俱也, 建設業を興した人々, 彰国社, 1993.
- 木下誠也, 公共調達研究: 健全な競争環境の創造に向けて, 日刊建設工業新聞社, 2012.
- 木下誠也・佐藤直良・松本直也・芦田義則, 公共工事調達における低入対策の歴史的考察, 土木学会論文集 F4 特集号 Vol. 66 No. 1, 2010.
- 武田晴人, 談合の経済学, 集英社, 1994.
- 藤井聡, 公共事業が日本を救う, 文春新書, 2010.
- _____, コンプライアンスが日本を潰す, 扶桑社新書, 2012.
- 宮崎学, 談合文化論, 祥伝社, 2009.
- 国土交通省, 建設産業の再生と発展のための方策, 2011.
- 日本鉄道建設業協会, 日本鉄道請負業史, 土木工業協会, 1990.
- 土木工業協会・電力建設業協会, 日本土木建設業史, 1971.

투고일자 : 2019. 02. 26

수정일자 : 2019. 03. 29

게재일자 : 2019. 03. 31

<국문초록>

부패 방지를 위한 일본 공공조달제도에 관한 연구

- 제도적 변화를 중심으로 -

김 성 화

자연재해 등의 발생이 증가함에 따라 사회간접자본의 정비뿐 아니라, 재해방지 및 경제발전의 담당자로서 우리나라에서 건설유통업이 상당히 중요한 역할을 해왔다. 최근 공공공사의 입찰시장에서 안일한 최저가입찰 등의 폐해에 의하여 건설유통업계 전체가 피폐해짐에 따라 사회전체적으로 상당한 불이익이 발생할 우려가 있다. 그러므로 이 글에서는 우리나라의 공공조달제도의 적정화에 기여할 목적으로 비교법적 측면에서 일본에서의 역사적 변천의 논의를 검토함으로써 우리 법에의 시사점을 제시하였다. 특히 공공조달에 있어서 역사적으로 담합행위 등 다양한 부패가 발생하였으나, 이러한 행위가 명백하게 부패행위임에도 불구하고, 이러한 부패행위한 자를 처벌하는 규정이 충분히 마련되지 않았다. 일본은明治시대부터 지금까지 140년간 역사적 단절 없이 법제도적인 측면에서 다양한 공공조달제도가 마련됨에 따라 이를 기반으로 한 시스템이 적절하게 구축되었다. 그 결과 일본의 공공조달은 순수한 경쟁절차를 피하고, 발주기관에 의한 수의계약의 형태로서 조정됨으로써 각각의 예정가격과 계약 상대방을 특정하게 되었고, 적절한 공사품질을 확보한다는 공익적 측면에서 다양한 담합 등이 존재하였으며, 이를 실질적으로 적용하기 위한 제도적 발전이 병행되었다. 따라서 이 글에서는 원칙적으로 공공조달은 공정한 조건에서 체결되어야 함에도 불구하고, ‘양질의 담합’의 경우에까지 부패로 판단하여 규율하는 것이 타당한지에 대하여 구체적으로 살펴보았다.

주제어: 부패방지, 건설유통업, 공공조달제도, 담합, 입찰경쟁

