

#### 41. 최고가 낙찰자 계약포기 시 차순위자 승계 당연할까?

최근 지방자치단체가 발주한 공사 입찰에서 최고가 낙찰자가 계약을 포기했을 때 당연히 차순위 입찰자가 낙찰 지위를 물려받는 지에 대한 판결이 선고 되어 이를 소개하고자 한다.

##### [사실 관계]

피고 B군은 2011.12.15. C적치장 준설토(원석)매각에 관하여 전자입찰공고(이하, '이 사건 입찰공고'라 한다)를 하였으며, 그 주요 내용은 낙찰자가 낙찰통지를 받은 후 5일 이내 계약을 체결하지 아니할 때에는 입찰보증금은 B군에 귀속되며, 부정당 업자로서 입찰참가자격제한처분을 받게 되어 있었고, 낙찰자 결정은 입찰한 자 중 최고가격으로 입찰한 자 순으로 결정하기로 되어 있었다. 개찰결과 D가 최고가 입찰자로서 낙찰자로 결정되었고, 원고 A는 D에 이어 2순위 최고가격으로 입찰에 응한 것으로 밝혀졌다. 하지만, D는 계약 이행기간인 낙찰통지를 받은 날로부터 5일 이내에 계약에 응하지 아니하여 낙찰자의 지위를 상실하였다. 이에 원고 A는 이 사건 입찰공고에서 낙찰자 결정은 '입찰한 자 중 최고가격으로 입찰한 자 순으로 결정한다'고 하였는바, 이는 입찰가격의 순서대로 낙찰자의 순위를 정하되 최고가격으로 입찰한 자가 계약을 포기하거나 낙찰자의 지위를 상실하는 등의 사정이 발생한 경우에는 차순위 가격으로 입찰에 응한 사람이 당연히 낙찰자의 지위를 승계한다는 취지이고, 이 사건 입찰에서 최고가격으로 입찰하여 낙찰자로 결정된 D가 계약체결을 포기함으로써 낙찰자의 지위를 잃게 되었으므로, 차순위 가격으로 입찰에 응한 원고 A가 낙찰자의 지위에 있게 된다고 주장하였다. 그런데 피고 B군은 재입찰을 통해서 낙찰자를 결정하여야 한다는 이유로 원고 A가 낙찰자 지위에 있다는 점을 다투었다.

##### [법원의 판단]

재판부는 입찰공고에서 낙찰자가 계약을 체결하지 아니하여 낙찰자 지위를 잃게 되는 경우 이 사건 입찰절차 내에서 새로운 낙찰자를 결정하는 절차나 방법에 관해서는 아무런 언급이 없고, 입찰상세정보에서는 입찰자가 낙찰 받지 못하는 경우 현금으로 납부한 입찰보증금을 환불계좌로 자동 환불처리한다고 안내한 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 입찰공고에서 낙찰자결정에 관하여 '최고가격으로 입찰한 자 순으로'라는 표현을 사용하기는 하였으나, 이는 최고가격 입찰자를 낙찰자로 결정한다는 의미일 뿐, 그것을 두고 최고가격으로 입찰하여 낙찰자로 결정된 자가 계약을 체결하지 아니함으로써 낙찰자의 지위를 상실한 경우 차순위 가격으로 입찰에 응한 자가 당연히 낙찰자의 지위를 승계한다는 뜻이라고 해석할 수는 없다고 판결하였다(대구고등법원 2012. 11. 7. 선고 2012나20162 판결).

##### [판결의 의미]

금번 판결에서 국가 및 지방자치단체가 발주하는 공공계약의 최고가 낙찰자가 계약을 포기해도 차순위자에게 당연히 낙찰자의 지위가 승계되지 않는다고 판시하였

다. 하지만, 사업제안요청서, 입찰공고문 등에 차순위자에게 낙찰자지위 승계규정이 존재한다면 달리 판단이 가능할 여지가 있는 점, 본 판결이 아직 최종 확정된 것이 아니라는 점에서 향후 대법원의 판단을 지켜볼 필요가 있음을 유의하여야 한다.

## 42. 행정청의 건축신고 반려행위는 행정소송의 대상이 될까?

최근 행정기능의 확대에 따르는 행정작용의 다양화 추세에 있어 국민의 권익구제를 위하여 대법원도 사안에 따라 행정처분성을 넓게 인정하고 있다. 이에 건축신고 반려행위를 행정처분으로 인정한 판례를 소개하고자 한다.

### [사실 관계]

원고는 A시 ○○구 ○○동 517 입야 8,752㎡ 중 500㎡(이하, '이 사건 토지'라 한다)의 지상에 건축면적과 연면적을 각 95.13㎡로 하는 1층 단독주택을 신축할 계획으로, 2006. 5. 19.경 피고 B구청에게 이 사건 토지를 대지로 형질변경하여 위 건축을 하겠다는 내용의 개발행위허가신청 및 건축신고를 하였다. 이에 피고 B는 2006. 6. 23. '이 사건 토지에 접하는 진입도로가 녹지를 가로지르는바, 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 제38조 제1항, 제2항, 같은 법 시행령 제43조, 도시공원 및 녹지의 점용허가에 관한 지침 규정에 의거 건축법상 진입로를 위한 완충녹지 점용이 불가하므로 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 및 건축법 제33조의 규정에 의거 진입도로가 미확보되어 개발행위허가 및 건축신고가 불가하다'는 이유로 위 신청을 불허하였다.

### [법원의 판단]

대법원은 행정청의 어떤 행위가 행정소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다는 판단기준을 제시했다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합하므로 건축신고 반려행위는 행정소송의 대상이 된다고 판결하였다(대법원 2010.11.18. 선고 2008두167 전원합의체 판결).

### [판결의 의미]

본 판결은 종래 행정청의 건축신고 반려행위 또는 수리거부행위에 대해 처분성을 부인하였던 기존 판례의 입장을 변경하여 그 처분성을 확대한 것이다. 따라서 행정청의 어떤 행위가 행정처분으로 인식할 외형을 갖추고 있고, 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 처분성의 확대 경향에 따라 행정심판 또는 행정소송으로 신속하게 권리를 구제 받을 수 있는 방안도 신중히 고려해 볼 필요가 있다. 참고로 이러한 경향은 최근 세무조사결정이 행정처분에 해당한다고 판결한 사안에서도 확

인되고 있다(대법원 2011.3.10. 선고 2009두23617 판결).

### 43. 부정당제재처분 부과와 대표이사 변경

법인에 대한 부정당제재 처분시에는 필연적으로 부정당행위시점의 대표이사에 대한 제재를 병행하고 있다. 다만, 해당 법인의 각자 대표이사가 2인 이상인 경우에는 해당 입찰 또는 계약에 관한 업무를 관장하지 않은 대표이사에 대해서는 제재를 부과할 수 없다(국가계약법 시행령 제76조 제4항). 또한 부정당제재처분을 받은 자를 대표이사로 사용하여 그 대표이사가 입찰에 관여하는 경우에는 그 사용자 역시 해당 기간 동안 입찰 및 계약체결이 제한된다(국가계약법 시행령 제76조 제5항). 최근 법인의 대표이사에 대한 부정당제재와 관련하여 다양한 법률문제들이 발생하고 있는데, 의미 있는 기획재정부 법령회신사례를 소개하고자 한다.

#### [사실관계]

“갑”, “을”, “병”은 A법인의 각자 대표이사로 “갑”, “을”, “병” 모두 조달청 지정정보처리장치에 A법인의 대표이사로 등록돼 있었는데, A법인은 위 각자 대표이사 중의 1인인 “갑”을 대표자로 정하여 공기업이 발주하는 ○○입찰과 ▲▲입찰에 참여하였다. 이후 ○○입찰에서 A법인이 낙찰자로 결정되었고, ▲▲입찰은 아직 낙찰자를 결정하지 않은 상태에서 A법인은 조달청 지정정보처리장치상 ○○입찰과 ▲▲입찰의 대표자를 “갑”에서 각자 대표이사 중 다른 1인인 “을”로 변경하였다. 위와 같은 상황에서 ○○입찰의 계약 체결 전 또는 ▲▲입찰의 낙찰자 결정 전에 “갑”이 과거의 부정당행위와 관련하여 부정당제재처분을 받아 “갑”에 대한 부정당 제재처분이 개시됐다.

위 경우 공기업은 ○○입찰 및 ▲▲입찰과 관련하여 “갑”에 대한 제재개시를 이유로 A법인에 대한 낙찰자 결정 또는 계약 체결을 제한하여야 하는지에 대한 법률문제가 발생했다.

#### [기획재정부의 판단]

위 사안과 관련하여 기획재정부는 2012. 11. 20.자 법령질의 회신을 통해 아래와 같이 판단했다.

“국가계약법 시행령 제76조제5항은 입찰참가자격이 제한된 자를 대표자로 사용하여 그 대표자가 입찰에 관여하는 경우 그 사용자에 대하여도 입찰참가자격을 제한하도록 하고 있다. 질의와 관련하여 입찰을 대표한 대표이사가 낙찰자 결정전 또는 계약체결 전에 부정당업자 입찰참가자격제한을 받았으나, 동 제한을 받기 이전에 입찰의 대표자를 상법상 단독으로 입찰참가자를 대표할 수 있는 다른 대표이사로 변경하여 결과적으로 입찰참가자가 입찰참가자격이 제한된 자를 대표자로 사용한 적이 없게 되었다면 위 규정을 적용하여 당해 입찰참가자의 입찰참가자격을 제한할 수는 없다고 보는 것이 타당하다.”

결국, 대표이사에 대한 제재처분을 이유로 해당 법인의 입찰 및 계약체결을 제한하기 위해서는 적어도 제재처분이 개시된 이후에 해당 대표이사의 입찰관여행위가

있어야 하는 것이다. 위 기획재정부의 법령회신은 제재적 행정처분의 엄격한 적용 법리, 행위책임 및 제재의 필요성 측면에서 보더라도 타당한 결론이라 할 수 있다.

#### 44. 추가공사대금 청구시 연장기간에서 정지 기간이 공제되는지 여부?

최근 건설사들이 발주처를 상대로 공사기간의 연장에 따른 추가공사대금을 청구하는 사건들이 활발히 제기되고 있는데, 실무적으로는 공사기간의 연장과 공사의 일시 정지가 혼재되어 있는 경우가 적지 않다. 이에 정지기간이 연장기간에서 공제되어야 하는지 여부에 관한 하급심 판례를 소개하고자 한다.

##### [사실 관계]

원고는 2000. 7. 3. A청과 사이에, A청이 발주한 B 공사(이하 “이 사건공사”)를 공사대금 ○○원, 공사기간 2000. 7. 10.부터 2003. 6. 25.까지로 정하여 공사도급계약을 체결하였다. 한편, 원고와 A청은 이후 이 사건 공사의 선행공사인 C공사가 지연됨을 이유로 공사기간을 연장하는 내용의 변경계약을 3차례에 걸쳐 체결하였고, 그와 별개로 이 사건 공사는 A청의 지시에 따라 3차례 일시 정지되었다. 이후 원고는, 피고 공사가 A청으로부터 이 사건 공사에 관한 제반 권리·의무를 승계하였다고 주장하면서, 피고 공사를 상대로 공사기간의 연장에 따른 추가공사대금을 청구하는 소송을 제기하였고, 그 과정에서 피고 공사는 정지기간은 연장기간에서 공제되어야 한다는 항변을 하였다.

##### [법원의 판단]

서울고등법원은 공사계약 일반조건 제47조 제1항은 “공사감독관이 공사의 전부 또는 일부의 이행을 정지시키는 경우 계약상대자는 정지기간 중 선량한 관리자의 주의의무를 해태하여서는 아니된다”라고 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 “제1항의 규정에 의하여 공사를 정지시킨 경우 계약상대자는 계약기간의 연장 또는 추가금액을 청구할 수 없다. 다만, 계약상대자의 책임 있는 사유로 인한 정지가 아닌 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있으며, 위와 같은 공사계약 일반조건을 수행을 위하여 원고는 이 사건 공사현장에 현장대리인 등을 근무시켰던 사실을 인정할 수 있고, 위와 같은 공사정지는 선행공사인 C공사의 지연으로 인하여 A청의 요청에 따라 이루어진 것이므로, 위와 같이 공사가 정지된 기간을 공사기간 연장일수에서 공제할 수 없다고 판결하였다(서울고등법원 2008. 11. 26. 선고 2008나35748).

##### [판결의 의미]

본 판결은 관급공사에 있어서 공사기간의 연장 외에 공사의 일시정지가 있는 경우에 수급인이 정지기간 동안 추가로 소요된 공사비용을 보전 받을 수 있는지 여부에 관한 판단이 이루어졌다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 물론 위 판결은 피고의 상고 부제기로 인해 더 이상 판단 받지 못한 채 그대로 확정되기는 하였지만, 법원이 실시하고 있는 논거가 충분히 설득력 있어 보인다는 점에서 위 판결이 갖는 의미는 결코 적지 않다.

#### 45. 규격의 하자로 인한 계약불이행의 책임

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제76조 제1항은 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니한 경우 일정기간 동안 모든 관급계약에 입찰참가를 제한하는 부정당업자 제재 처분을 부과하도록 규정하고 있다. 발주기관이 제시한 설계서 또는 규격서의 요구조건을 충족하지 못해 종국적으로 계약이행을 완료하지 못하는 경우가 대표적인데, 만약 발주기관이 제공한 설계 또는 규격 자체에 그 조건을 충족할 수 없는 문제가 있다면 이러한 경우에도 계약불이행의 책임을 전적으로 업체가 부담하는 것이 타당한 것인지 문제가 된다. 이는 입찰에 참여하는 자가 규격에 부합하는 이행가능성을 사전에 확인해야 한다는 발주기관의 입장과 충돌되는 측면이기도 하다.

##### [사실관계 및 법원의 판단]

발주기관 A가 제공한 규격서에는 해당 물품이 완전방수기능을 충족해야 한다는 조건을 요구하고 있었고, 계약업체 B는 A가 제공한 규격서, 견본과 동일하게 물품을 제조하였지만 완전방수기능을 충족할 수 없었으며, 규격서의 구조와 형상 자체에 문제가 있다는 것을 알게 되었다. 그러나 발주기관 A는 B의 기술력 부족 때문이라며 부정당업자 제재처분을 부과하였고 이에 B는 제재의 위법함을 주장하며 처분 취소를 법원에 청구하였다.

이에 대해 법원은 “입찰에 참여하는 자가 규격의 이행가능성을 사전에 확인해야 할 의무가 있다고 하더라도 만약 그 계약불이행이 피고가 제공한 규격서 등의 흠결에 따른 불가피한 결과인 것으로 판단된다면 이는 피고측의 책임 영역에 속해 있다”고 하여 부정당업자 제재처분을 취소하는 판결을 내렸다(서울행정법원 2012.12.21. 선고 2011구합34528 판결).

발주기관이 제공하는 설계도, 규격서와 같은 기술자료의 하자를 명확히 입증하는 것이 쉬운 일은 아니지만, 보다 큰 문제는 요구사항의 미충족을 설계, 기술자료 자체의 문제로 보지 않으려는 발주기관의 엄격한 관행이라고 볼 수 있다. 위 판결은 계약불이행이 규격의 흠결에 기인한 경우 그에 대한 책임은 발주기관의 영역에 있다는 것을 분명하게 확인해 주고 있다는 점에서 큰 의미를 가지고 있다.

#### 46. 과징금 소송 후 회생이 개시된 경우 관리인 개입 없이 소송 진행이 가능할까?

최근 경기 불황으로 인해 자의 또는 타의로 회생절차에 들어가는 기업들이 늘고 있다. 이러한 기업들은 회생개시결정 이전에 부정당업자 제재 처분 취소 등 공공계약과 관련된 소송들을 진행하던 경우가 상당수 있으나, 당사자들 및 법원이 회생절차 개시를 알지 못한 채 판결이 내려진 사례들이 발견되곤 한다. 회생으로 인해 기업 내부가 어수선한 때에 별다른 대응도 못하고 받은 판결을 다룰 수 있는 방법이 있어 아래와 같이 소개한다.

##### [사실관계 및 법원의 판단]

원고 A는 피고 B의 과징금 납부명령에 대해 취소를 구하는 소송을 제기하였는데, 제1회 변론기일 전에 A에 대한 회생절차 개시결정이 있었다. 법원은 이러한 회생절차 개시결정을 알지 못한 채, A의 회생절차 개시로 인해 선임된 관리인으로서의 소송수계가 이루어지지 아니한 상태 그대로 소송절차를 진행하여 결국 A에 대한 패소판결을 선고하였고, 이를 알게 된 A의 관리인은 상고심에서 원심 판결의 위와 같은 절차상 하자를 다투었다.

이에 대해 대법원은, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제59조 제1항은 “회생절차 개시결정이 있는 때에는 채무자의 재산에 관한 소송절차는 중단된다.”고 규정하고 있으므로 소송 계속 중 일방 당사자에 대하여 회생절차 개시결정이 있었음에도 법원이 이를 알지 못한 채 관리인의 소송수계가 이루어지지 아니한 상태 그대로 소송절차를 진행하여 판결을 선고하였다면, 그 판결은 일방 당사자의 회생절차 개시결정으로 소송절차를 수계할 관리인이 법률상 소송행위를 할 수 없는 상태에서 심리되어 선고된 것이므로 여기에는 마치 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 아니하였던 경우와 마찬가지로 위법이 있다면서 원심을 파기환송하였다(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012두11546 판결).

회생 절차에서 선임된 관리인이 기존에 진행되던 과징금과 관련 소송을 이어받지 못한 경우에는 위 대법원 판결과 같이 다시 한 번 다룰 수 있는 기회가 부여된다는 점을 참고할 필요가 있다.

#### 47. 다수공급자계약에 따른 거래정지통보가 행정소송의 대상이 되는지 여부?

최근 행정기능의 확대에 따르는 행정작용의 다양화 추세에 있어 국민의 권익구제를 위하여 법원도 사안에 따라 행정처분성을 넓게 인정하고 있으며, 특히 탄력적인 조달 업무의 수행을 위하여 다수공급자계약 체결 및 이에 따른 분쟁 역시 증가하고 있다. 이에 공공계약 중 다수공급자계약에 특유한 거래정지가 행정처분인지 여부에 관한 판례를 소개한다.

##### [사실 관계]

원고는 조명기기 등의 제조 판매업을 하는 회사인데, 피고(조달청장)과 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 “국가계약법”) 시행령 제21조 제1항 제8호에 따라 조달물자계약(이하 “이 사건 계약”)을 체결하였다.

피고는 원고가 각 수요기관에 제조·납품하는 LED 조명에 대한 샘플링 점검을 실시한 결과, 대상 제품이 규격서 소정의 광효율에 미달한다는 이유로 물품구매계약 품질관리 특수조건(이하 “이 사건 특수조건”) 제17조 제2항에 따라 피고가 운영하는 종합쇼핑몰에서 대상 제품을 3개월간 거래정지 통보(이하 “이 사건 거래정지통보”)하였다.

이에 피고는 조달청장을 상대로 이 사건 거래정지통보가 위법하다는 행정소송을 제기하기에 이르렀다.

##### [법원의 판단]

서울행정법원은 이 사건 거래정지통보는 법령의 위임에 따라 제정된 이 사건 특수조건에 근거하여 행해진 조치인 점, 이 사건 거래정지통보로 인하여 피고가 운영하는 온라인 국가종합전자조달 시스템인 종합쇼핑몰에서 원고의 LED 조명 제품에 대한 등록이 삭제됨으로써 정지기간 동안 모든 수요기관과 원고 간의 일체의 거래가 정지되는 점, 피고는 이 사건 거래정지통보와 관련하여 사전통지, 의견청취, 이의신청 등 행정처분과 유사한 절차를 두고 있는 점 등을 근거로 이 사건 거래정지통보는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 판결하였다(서울행정법원 2011. 11. 10. 선고 2011구합16261 판결).

##### [판결의 의미]

동 판결은 다수공급자계약에서 발생하는 거래정지통보에 대한 불복은 행정소송을 통하여 이루어져야 한다는 점을 판시하였다.

참고로 다수공급자계약의 경우 2단계 경쟁이라는 특수한 형태로 말미암아 해당 판결에서 문제된 거래정지통보의 성격뿐만 아니라, 계약상대방에 대한 해제·해지 사유 및 계약보증금 몰취 사유, 계약상대방에 대한 입찰참가자격 제한 사유 등에 있어 일반적인 공공조달에서의 법리가 그대로 적용되는 것이 타당한지 여부가 문제된다.

#### 48. 부실벌점 부과는 행정소송의 대상이 될까?

급변하는 행정 현실과 행정 작용의 다양화 추세에 따라 최근 법원은 구체적인 행정 작용이 행정소송의 대상이 되는 처분인지 여부를 판단함에 있어 국민의 권익구제 가능성을 높이기 위하여 처분성을 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다. 이러한 경향의 연장선상에서, 건설기술관리법상의 벌점이 부과된 사업자는 관련 법령에 의하여 입찰 시 불이익을 받게 되므로 위 벌점부과가 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 본 판례가 있어 이를 소개한다.

##### [사실 관계]

원고1은 주택건설업을 목적으로 설립된 회사로서 주택재건축정비사업의 시공사로 선정된 건설업자이고, 원고2는 원고1의 재건축공사 현장 대리인이었다.

피고 경상북도 A시장은 원고들이 위 재건축사업의 설계도서 및 관련기준과 다르게 시공하였다는 이유로 구 건설기술관리법(2007. 5. 17. 법률 제8476호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제21조의 4에 의하여 원고들에게 각 1점의 부실벌점을 부과하였다(이하 '이 사건 각 벌점 부과처분').

이에 원고들은 A시장을 상대로 이 사건 각 벌점 부과처분이 위법하다는 이유로 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

##### [법원의 판단]

법원은 구 건설기술관리법, 같은 법 시행령 및 시행규칙의 관련 규정들에 의하면, ①발주청은 부실벌점을 받은 자에 대하여 그 부실벌점에 따라 입찰 시 불이익을 주어야 하고, ②건설기술용역업자의 용역능력 평가 및 건설업자의 시공능력 평가를 할 때 부실벌점을 고려하여야 하며, ③또한 입찰참가 자격의 사전심사를 하는 때와 다른 법령에 의한 불이익을 주는 경우 부실벌점을 적용할 수 있고, 이 경우 누계 평균부실벌점이 1점 이상 2점 미만인 경우에는 0.2점을 감점하여야 하므로, 이 사건 각 벌점부과 처분은 원고들의 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 행정소송법 제2조의 처분에 해당한다고 판시하였다(대구지방법원 2008. 6. 11. 선고 2007구합 3062 판결).

##### [판결의 의미]

동 판결은 하급심 판결이지만, 부실벌점 부과에 대한 불복은 행정소송을 통하여 이루어져야 한다는 점을 판시하였다. 부실벌점을 부과한 자와 입찰 시 불이익을 부과하는 발주청이 상이한 경우 불이익을 부과 받은 자가 발주청을 상대로 부실벌점 부과 위법성을 다투거나 그 취소를 구하는 것은 법률적으로 어렵고 설령 가능하다고 하더라도 입찰과정에서 다투는 것으로는 시간적으로 당해 입찰의 목적을 달성할 수 없게 될 가능성이 크다는 점을 고려하면 부실벌점 부과 행정처분성을 인정하는 최근 경향은 매우 바람직한 것으로 판단된다(서울행정법원 2012. 7. 12. 선고 2011구합29663 판결 등).

#### 49. 수의계약 대상을 경쟁입찰 방식으로 집행하는 것은 위법일까?

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(국가계약법)은 계약체결의 원칙으로 일반경쟁입찰을 채택하고 있으므로 법령이 정한 특별한 요건이 구비되지 않는 한 제한경쟁입찰이나 수의계약의 방식에 의하여 계약을 체결할 수 없다. 그렇다면 반대로 법령이 정하는 특별요건을 구비하여 수의계약의 대상이 될 수 있음에도 발주기관이 수의계약을 체결하지 않고 일반경쟁입찰에 부치는 것이 위법한 것인지 의문이 있을 수 있다. 이에 관한 대법원 판례를 소개한다.

##### [사실 관계]

피고(대한민국) 산하 A 체육훈련장에서 운영에 필요한 장비를 구입하기로 하였고, 담당공무원은 물품구매에 관한 일반경쟁입찰 절차에서 참가업체의 입찰 불응으로 입찰이 무산되자, 수의계약을 상실했다가 일반경쟁입찰에 의하라는 지시가 있어 다시 일반경쟁입찰에 부쳤다.

구매 대상이 된 물품 중 일부는 일본의 한 회사에서만 생산되고 독점대리점을 통하여 공급되므로 구 예산회계법상 지명경쟁입찰 또는 수의계약의 대상임에도 불구하고 일반경쟁입찰에 부친 것이 위법하지 않은지 다투어졌다.

##### [법원의 판단]

대법원은, “구 예산회계법이나 같은 법 시행령이 계약의 공정 및 경제성의 확보, 참가의 기회균등을 도모하기 위하여 일반경쟁입찰을 원칙적인 것으로 하고, 지명·제한경쟁 입찰계약이나 수의계약을 예외적인 것으로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 일반경쟁입찰에 부쳐야 할 것을 지명·제한경쟁 입찰계약이나 수의계약에 부친 경우에는 절차의 위법성이 문제될 수 있어도, 반대로 지명·제한경쟁 입찰계약이나 수의계약에 부칠 수 있는 것을 일반경쟁입찰에 부친 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위법성의 문제가 생길 여지는 없다”고 판결하였다(대법원 2000. 8. 22. 선고 99다35935 판결).

##### [판결의 의미]

동 판결은 경쟁입찰 방식을 원칙으로 하고, 일정한 경우에만 ‘수의계약에 의할 수 있다’라고 규정하고 있는 것에 비추어 수의계약에 부칠 수 있는 것을 일반경쟁입찰에 부치는 것이 위법하지 않음을 확인하여 주었다. 참고로 수의계약 방식으로 계약이 체결될 것이고 자신이 계약의 당사자가 될 것이라는 점에 대한 법률상 보호받을 기대 내지 신뢰가 발생하였다고 볼 수 있다면, 발주기관에 대하여 입찰절차 진행금지 가처분으로 다룰 수는 있으나 수의계약의 내용 및 절차의 중대한 하자가 존재하는 경우에만 인정될 수 있음을 유의하여야 한다.

## 50. 시행령에 근거해 입찰참가자격제한을 할 수 있을까?

국민의 기본권을 제한하는 제재적 행정처분의 경우, 해당 처분으로 인하여 국민의 권리가 제한하게 되는 바, 이와 같은 제재적 행정처분은 법률에 근거를 두고 있어야 한다(헌법 제37조 제2항). 이와 같은 법률유보의 원칙은 모든 공권력 행사에 필연적으로 요구되는 가장 기본적인 원칙이며, 국민의 권리를 보호하기 위한 최소한의 안전장치로서 헌법에 보장되고 있다. 따라서 입찰참가자격제한을 법률이 아닌 시행령에 근거하여 행정청이 할 수는 없는 바, 이에 관한 행정법원 판례를 소개한다.

### [사실 관계]

원고 A는 2002. 7. 23. C개발원(피고 B 행정부 산하 위탁관리기관)과 사이에 항만 콘크리트관련 개발사업에 대하여 정부출연 기술개발자금을 지원받기로 하는 기술개발협약을 체결하였는데, 피고 B는 2003. 11. 17. 이 사건 기술개발사업은 시행령인 국가연구개발사업의관리등에 관한 규정 제20조 제1항 제1호 소정의 ‘연구개발의 결과가 극히 불량한 경우’에 해당한다는 이유로 원고에 대하여 2년간 국가연구개발사업참여를 제한하는 제재를 가하기로 결정하고 이를 C개발원에 통보하는 한편 이러한 사실을 재정경제부, 교육인적자원부, 국방부, 행정자치부, 과학기술부, 문화관광부, 농림부, 산업자원부, 정보통신부, 보건복지부 등 각 중앙행정기관에 통보하였다.

### [법원의 판단]

법원은 “이 사건 시행령 조항이 법률에서 위임한 범위 내에 있는지 여부에 대하여 살펴보면, 과학기술기본법 제11조는 그 문언의 내용 및 형식에 비추어 볼 때 ‘국가연구개발사업의 기획·평가 및 관리 등에 관한 원칙과 기준’의 설정에 대해서는 이를 대통령령에서 정하도록 위임하였으나 강학상 침익적 행정처분인 국가연구개발사업의 참여제한 등에 대해서도 그러한 위임을 하였다고 볼 수 없는 점, 이른바 ‘행정조달계약’의 입찰참가자격제한과 관련하여 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항이 ‘각 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 일정 기간 입찰참가자격을 제한하여야 하며, 이를 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다’고 규정하여 법률에 참가자격제한 제한조치를 할 수 있는 근거를 마련하고 있는 점 및 앞서 본 판단기준 등에 비추어 볼 때, 결국 이 사건 시행령 조항은 모법의 위임범위와 한계를 벗어난 것으로서 무효라고 봄이 상당하다”고 판결하였다(서울행정법원 2005. 3. 17. 선고 2004구합3359 판결).

### [판결의 의미]

동 판결은 입찰참가자격제한은 모든 중앙행정기관에 대하여 이른바 ‘발주차단’ 내지 ‘발주봉쇄’ 등을 행하는 결과를 가져온다는 점에서 이는 행정청의 사인에 대한

공권력의 행사에 해당하기 때문에 사법관계의 규율 대상이 아니라 이른바 ‘법률유보’의 원칙상 법률 또는 하위법령에 명시적인 근거가 있어야 함을 명확히 확인한 것이다.

## 51. 하수급인에게 지급할 간접비를 원수급인이 청구할 수 있을까?

하수급인의 원수급인 내지 발주자에 대한 공기 연장으로 인한 간접비를 청구하기 위한 법적 근거는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 등 관공법규, 공사계약 일반조건 및 계약예규 등에 명확한 규정이 없는 실정이다. 이에 하수급인에게 지급할 공기 연장으로 인한 간접비를 원수급인이 발주자에게 청구할 수 있도록 판정한 중재판정 사례를 소개한다.

### [사실 관계]

피신청인(발주자) A는 2002년 10월4일 계수대로 개설공사를 신청인(원수급인) B와 도급계약을 체결하고, 공사 기간을 2002년 10월14일부터 2004년 4월6일까지로 정하였으나 설계 변경 및 공사 지연 등을 이유로 9차례에 걸친 계약변경 끝에 2008년 7월25일 최종적으로 준공되었다. 이에 원수급인은 발주자를 상대로 원수급인이 공사 기간의 연장으로 하수급인에게 지급하여야 할 하도급 대금을 발주자에게 청구하였다.

### [대한상사중재원의 판단]

중재원은 “이 사건 계약일반조건 제43조 제3항 후단에 의하면 계약 상대자는 하도급대가가 포함된 대가지급을 청구할 때는 당해 하도급대가를 분리하여 청구하도록 규정하고 있고, 또 제23조 제1항, 제4항에 따라 공사기간의 변경으로 계약금액의 증액 등 조정하여야 할 필요가 있는 경우 계약 상대자의 신청에 의하도록 규정하고 있으므로, 이 사건의 경우 원수급인인 신청인들이 공사기간의 연장으로 하수급인에게 하도급 대금을 증액 지급하여야 할 경우 발주자인 피신청인에게 이를 청구할 수 있다”라고 판정하였다(대한상사중재원 2009. 2. 20. 중재 제08111-0105호).

### [판정의 의미]

동 판정은 하수급인의 공기 연장으로 인한 간접비를 공사계약일반조건을 근거로 하여 원수급인의 청구를 인정한 것이다. 참고로 최근 하급심에서 원수급인과 하수급인 사이의 “갑(원수급인)은 계약체결 이후 발주자로부터 설계변경 또는 경제상황 등의 변동 등의 이유로 계약금액을 조정하여 지급받은 경우에는 동일한 사유로 목적물의 완성에 추가비용이 소요되거나 감액되는 때에는 그 내용과 비율에 따라 을(하수급인)에게 계약금액을 조정하여 지급한다.”는 하도급계약 내용을 근거로 ①원수급인이 발주자로부터 경제상황 변동 등의 사유로 계약금액을 조정 받았을 것, ②하수급인도 동일한 사유로 추가비용이 소요되었을 것이라는 요건이 충족되는 한 원수급인에게 일방적으로 불리하다거나 특별히 부당하다고 볼 수 없다고 판단하여 하수급인의 원수급인에 대한 간접비 청구를 인정하였다(서울중앙지법 2011. 12. 16. 선고 2011가합60105).

위 판정 및 판결은 하수급인의 공기 연장으로 인한 간접비 청구의 법적 근거가

불비하고, 거래 실무 및 소송 등에서 인정되기 어려운 실정에서 청구 근거를 밝힌 점에 상당한 의의가 있다. 무엇보다도 향후 제도 개선, 법령 정비 및 이에 따른 법원의 판단 등을 유의하여 지켜볼 필요가 있다.

## 52. 건축위원회 위원이 직무와 관련해 돈을 받으면 뇌물수수죄로 처벌될까?

형벌 법규는 엄격하게 해석해야 한다는 원칙과 관련하여 건축법 제4조에 의한 건축위원회의 위원이 직무와 관련하여 돈을 받으면 뇌물죄로 처벌되는지에 관한 최근 대법원 판례를 소개한다.

### [사실 관계]

A광역시 건축위원회 위원들인 피고인들은 아파트의 건축 심의와 관련하여 시행사 또는 시공사로부터 그 직무에 관하여 뇌물을 수수하였다는 이유로 뇌물수수죄로 공소가 제기되어, 1심과 2심에서 모두 유죄를 선고받았다.

구 건축법 (2008. 3. 21. 법률 제8974호로 개정되기 전의 것) 제77조는 ‘다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 공무원이 아닌 자는 형법 제129조 내지 제132조, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제2조 및 제3조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다’고 규정하면서 그 이하에 제1호 내지 제5호를 두어 공무원으로 의제되는 자를 열거하고 있는데, 여기에는 같은 법 제4조 제1항의 규정에 의한 건축위원회의 위원을 포함하지 않고 있다. 즉, 제1호로 ‘같은 법 제23조의 규정에 의하여 현장조사, 검사 및 확인업무를 대행하는 자’, 제2호로 ‘같은 법 제28조의 규정에 의한 건축지도원’, 제3호로 ‘같은 법 제58조 제2항의 규정에 의한 인증기관의 임직원’, 제4호로 ‘같은 법 제74조 제4항의 규정에 의한 기관 및 단체의 임직원’, 제5호로 ‘같은 법 제76조의3의 규정에 의한 건축분쟁조정위원회의 위원’을 열거하면서 ‘같은 법 제4조 제1항의 규정에 의한 건축위원회의 위원’은 포함하지 않고 있다(현 건축법 제105조 벌칙 적용 시 공무원 의제 참조).

### [대법원의 판단]

대법원은 ‘형법 제 129조 내지 제132조에서 정한 ‘공무원’이란 국가공무원법과 지방공무원법상 공무원 및 다른 법률에 따라 위 규정들을 적용할 때 공무원으로 간주되는 자 외에 법령에 기하여 국가 또는 지방자치단체 및 이에 준하는 공법인의 사무에 종사하는 자로서 노무의 내용이 단순한 기계적·육체적인 것에 한정되어 있지 않는 자를 말한다’는 법리를 실시한 다음 구 건축법 제77조의 규정에서 건축위원회의 위원은 열거되지 않고 있는 점 및 형벌 법규는 엄격하게 해석하여야 한다는 원칙을 근거로 구 건축법 제4조 제1항의 규정에 의한 건축위원회의 위원은 뇌물수수죄의 주체인 공무원에 해당하지 않는다고 판단하여, 무죄의 취지로 파기환송 판결을 선고하였다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012 도5692 판결).

### [판결의 의미]

동 판결은 대법원이 건축위원회의 위원이 공무원 의제 규정에 따라 형법상 뇌물죄로 기소된 사건에서 형벌 법규는 엄격하게 해석하여야 한다는 원칙 등에 따라 법령상 공무원으로 의제되는 자로 열거되지 않는 건축위원회의 위원의 경우, 형법상 뇌

물죄로 처벌할 수 없다고 판단한 것으로, 이는 건축위원회의 위원 외에도 유사한 경우에 원용될 가능성이 높다는 점에서 유의할 필요가 있다. 즉, 이 사건 법률조항의 '공무원'에 국가공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이 아니고 공무원으로 간주되는 사람도 아닌 건축위원회 위원이 포함된다고 해석하는 것은 법률해석의 한계를 넘은 것으로서 죄형법정주의에 위배됨을 명백히 판단한 것이다.

참고로 최근 헌법재판소 역시 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제129조 제1항 중 '공무원'에 구 '제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법'(2007. 7. 27. 법률 제8566호로 개정되기 전의 것) 제299조 제2항의 제주특별자치도 통합영향평가 심의위원회 심의위원 중 위촉위원이 포함되는 것으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다는 위헌 소원에 대하여, 국가공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이 아니고 관련 법령상 공무원으로 간주되는 사람도 아닌 자에 대하여 형법상 뇌물죄를 적용하는 것은 죄형법정주의 원칙에 위반된다고 판시하였다(헌법재판소 2012. 12. 27. 자 2011헌바117 결정문).

한편 이와 관련해서는 앞으로 사법부의 판단이 계속해서 있을 것으로 예상되는 바 향후의 판결을 예의주시할 필요가 있다.

### 53. 발주처 요구에 의한 돌관공사의 공사비 받을 수 있을까?

관급공사에서 발주처의 사유로 인해 공사기간 연장사유가 발생했고, 발주처가 요구하는 당초 공사기간을 준수하기 위해 돌관공사를 실시했음에도 발주처가 돌관공사비를 지급하지 않자 이를 청구해 인용된 하급심 판결이 최근 선고됐다.

[사실 관계]

A사는 B공단으로부터 케도공사 등을 도급받고 공사를 진행하던 중, 선행 공구에서 침목 균열사고가 발생해 공사가 상당 기간 중단되었고 케도공사에 사용되는 침목 수급이 원활하지 않았을 뿐만 아니라 침목에 관한 시험규정 미비로 인해 공사기간 연장의 사유가 발생했다. 이에 B공단이 요구한 당초 공사기간을 준수하기 위해 추가 인력 및 장비를 집중적으로 투입하는 돌관공사를 시행하였는데도, B공단이 그 돌관공사비를 지급하지 않자 B공단을 상대로 돌관공사비 지급 청구소송을 제기했다.

[법원의 판단]

법원은 우선 이 사건에서 계약내용으로 편입되는 관련법령에 관하여, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다) 제19조는 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사·제조·용역·기타 국고의 부담이 되는 계약을 체결한 다음 물가의 변동, 설계변경 기타 계약내용의 변경으로 인하여 계약금액을 조정할 필요가 있을 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 계약금액을 조정한다”라고 규정하고 있고, 국가계약법 시행령 제66조는 그 중 ‘기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액 조정’에 관하여 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 법 제19조의 규정에 의하여 공사·제조 등의 계약에 있어서 제64조 및 제65조의 규정에 의한 경우 외에 공사기간·운반거리의 변경 등 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 아니하는 범위 안에서 이를 조정한다”라고 규정하고 있으며, 이 사건 공사계약 일반조건 제23조 제1항도 위 시행령 조항과 같은 내용을 규정하고 있고, 위 계약 일반조건 제2조 제10호에 따라 위 국가계약법 및 같은 법 시행령 조항의 내용이 이 사건 공사계약의 내용으로 편입된 사실이 인정된다고 판단하였다.

그런 다음 법원은 A사가 이 사건 청구원인으로 선행 공구의 침목 균열로 인하여 이 사건 공사가 중단되는 등 공사기간 지연 내지 연장의 사유가 있었음에도 A사가 실제 공사기간 준수를 위해 집중적인 인력 및 노력을 투입하여 돌관공사를 시행함으로써 공사기간 내 완공할 수 있었으므로 이에 투입된 추가비용은 정산되어야 한다는 취지로 주장하는데, 계약상대자로서는 원칙적으로 공사기간을 준수할 의무가 있는 것이므로 단순히 공사기간 준수를 위하여 돌관공사를 시행하였다는 점만으로 계약금액 조정의 대상이 된다고 볼 수는 없으나, A사 등 계약상대자의 책임 없는 사유로 인하여 또는 B공단 등 발주자의 지시로 인하여 공사가 중단되고 이로써 공사기간의 연장사유가 발생하였음에도 불구하고 공사기간의 변경이 이루어지지 않았

으며 계약상대자가 공사기간 준수를 위하여 인력이나 장비를 추가적·집중적으로 투입하여 공사기간 내 공사를 완공하고 이로 인한 추가비용이 발생하였다면, 이는 사실상 공사기간의 변경에 준하는 것으로 보아(국가계약법 시행령 제66조 참조), 계약금액 조정 대상이 된다고 봄이 상당하다. 또한 위 계약금액 조정은 조정신청 및 계약당사자 간 협의에 의하여 결정됨이 원칙이나 협의가 이루어지지 않아 법원에 소로써 계약금액의 조정 및 그 지급을 구하는 경우 법원으로서 위 돌관공사에 실제 사용된 비용 등 객관적으로 인정될 수 있는 자료 등을 기초로 실비의 범위 내에서 계약금액을 조정할 수밖에 없다고 판단하였다. 그러면서 법원은 A사의 돌관공사비 청구를 인용했다(서울서부지방법원 2013. 1. 18. 선고 2011가합1774 판결).

#### [판결의 의미]

동 판결은 비록 1심 판결인 데다가 B공단의 향소로 인해 아직 확정되지 않았으므로 향후 상급심의 판단을 유의하여 지켜볼 필요가 있다. 하지만 발주처의 명시적인 돌관공사 지시가 없었음에도 기타 공사내용의 변경으로 인한 계약금액 조정에 관한 규정을 근거로 돌관공사비 청구를 인용하였다는 점에서 결코 적지 않은 의미를 가진다고 할 것이다.

#### 54. 착오로 인한 잘못된 서류제출, 부정당제재 합당할까?

국가계약법 제27조 제1항에서는 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대해서 입찰참가자격을 제한하여야 한다고 규정하고 있고, 그 제재 사유를 구체적으로 정한 같은 법 시행령 제 76조 제1항 제8호에서는 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위서류를 제출한 경우에는 입찰참가자격을 제한해야 한다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 “경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 없는 경우”에 제재의 필요성을 부정한 최근의 하급심 판례를 소개한다.

[사실 관계]

피고 소속 감사관실은 이 사건 계약에 대한 감사를 실시하였는데, 그 과정에서 원고가 이 사건 계약금액을 확정하기 위한 정산 시에 제출한 일부 연구원들의 노무공수가 기재된 작업일보가 이 사건 계약 정산자료로 제출된 작업일보와 중복 기재되어 있는 사실을 확인하였다. 이에 피고는 원고에게 원고가 계약에 관한 허위서류를 제출하였다는 이유로 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항, 같은 법 시행령 제76조 제1항 제8호(허위 서류 제출)에 따라 원고에게 3개월의 입찰참가자격 제한처분을 하였다.

[법원의 판단]

법원은 국가계약법 제27조 제1항에서 부정당업자의 입찰 참가자격을 제한하는 제도를 둔 취지는 국가를 당사자로 하는 계약에서 공정한 입찰 및 계약질서를 어지럽히는 행위를 하는 자에 대하여 일정기간 동안 입찰 참가자격을 제한함으로써 경쟁의 공정한 집행 및 계약의 이행을 확보함과 동시에 국가가 입게 될 불이익을 미연에 방지하기 위한 것이고(헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2005헌가1 전원재판부 결정 참조), 이를 구체화한 것이 국가계약법 시행령 제 76조 제1항 각 호의 규정이므로 제8호가 정하는 ‘허위 서류 제출’의 의미를 해석함에 있어서도 가능한 한 이러한 입법취지를 존중하여 그에 부합하도록 새기는 것이 타당하며(대법원 2000. 10. 13. 선고 99두3201 판결 등 참조), 나아가 국가계약법 제27조 제1항에 기초한 제재조치는 계약에 관한 경쟁의 공정한 집행이라는 행정목적 달성을 위하여 같은 법 시행령이 열거하고 있는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재로서, 명시적인 제한이 있는 경우 외에는 위반자의 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위반자의 고의가 없더라도 부과될 수 있다(대법원 2003. 9. 2. 선고 2002두5177 판결 참조). 아울러 국가계약법 시행령 제76조 제1항에 제8호의 규정을 보더라도 ‘위·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위서류를 제출한 자’라고 규정하고 있어 개념상 고의행위임을 전제로 하는 위조, 변조, 부정행사와 달리 허위서류의 경우에는 허위자료를 제출한다는 고의나 의도가 없다고 하더라도 허위서류를 제출했다는 객관적 사실만으로 입찰참가자격 제한의 제재를 가할 요건이 충족된다고 할 것이다. 하지만 단순한 착오나 오류에 의하여 사실과 다른 내

용의 서류가 제출되었고, 그러한 서류가 전체 계약에 미치는 실질적 영향이 경미한 경우까지 일괄하여 제재처분의 대상인 허위서류 제출에 해당된다고 볼 것은 아니며, 계약의 상호성 측면에서 볼 때 허위서류가 제출된 착오나 오류가 발생한 책임을 계약상대방측에만 돌릴 수 없는 경우에도 제재처분의 대상으로 삼기는 적절치 아니하다고 판단하여 피고의 입찰참가자격 제한처분을 취소하였다(서울행정법원 2012. 12. 20. 선고 2011구합43522 판결).

#### [판결의 의미]

동 판결은 국가계약법 제27조 제1항에서 규정한 “경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려”가 없는 경우에는 부정당제재처분을 할 수 없음을 인정한 의미 있는 판결이다. 이는 단순한 착오나 오류에 의하여 사실과 다른 내용의 서류가 제출되었을 경우와 같이 위반의 정도가 경미하고 실질적으로 성실한 계약이행을 위해 노력한 경우에는 제재의 필요성을 부정한 것으로써 향후 항소심 등 법원의 판단을 유의하여 지켜볼 필요가 있다.

## 55. 입찰공고와 다른 새로운 조건의 추가 가능할까?

국가계약법에 따른 낙찰자 결정의 법적 성질은 일종의 계약의 예약으로서 낙찰자 결정으로 곧바로 계약이 성립된다고 볼 수는 없어도 낙찰자는 발주관서에 대하여 계약을 체결하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 갖는다고 보고 있다(대법원 1994. 12. 2. 선고 94다41454 판결). 그런데, 계약체결시점에 와서 발주관서가 입찰공고와 달리 계약의 주요한 내용을 변경하거나 새로운 조건을 추가하는 것이 허용되는 것일까? 또한 이러한 발주관서의 요구를 거부하여 낙찰자가 계약을 체결하지 않을 경우 발주관서가 입찰을 취소하거나 해당 낙찰자에게 계약 미체결을 이유로 국가계약법 시행령 제76조의 부정당업자 제재처분을 부과하는 것이 가능한지 문제가 된다.

### [판례의 검토]

지방자치단체인 A는 그 소유 부동산에 대하여 ‘현 상태대로 매각한다’는 내용으로 입찰공고를 하고 최고가로 입찰한 B가 낙찰자로 결정되었다. 그런데, A는 B로부터 낙찰대금 전액을 받은 다음 계약서를 작성할 시점에 이르러 매각대상 토지 중 지목이 도로인 1필지를 일반인에게 무상으로 제공한다는 조항을 삽입할 것을 요구하였고, 이에 B가 불응하자 낙찰자가 10일 이내에 계약을 체결하지 않았다는 이유를 들어 입찰을 취소하였다.

이에 대해 대법원은 “계약의 목적물, 계약금액, 이행기 등 계약의 주요한 내용과 조건은 입찰공고와 입찰자의 입찰에 의하여 낙찰자를 결정할 때에 이미 확정되었다 할 것이므로 발주관서가 계약의 세부사항을 조정하는 정도를 넘어서서 계약의 주요한 내용 내지 조건을 입찰공고와 달리 변경하거나 새로운 조건을 추가하는 것은 이미 성립된 예약에 대한 계약체결의무에 반하는 것으로서 허용될 수 없다”고 하여 A의 입찰 취소가 무효라는 취지의 판결을 확정하였다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다41603 판결).

당사자의 합의가 있거나 변경사항이 계약의 세부적인 사항에 그칠 경우 입찰공고 내용의 변경이 절대적으로 불가능한 것은 아니다. 그러나 이행기, 계약금액과 같은 중요사항에 있어 입찰공고 내용의 변경을 요구 받는 경우 위 대법원 판결은 계약의 체결 및 권리구제를 주장할 수 있는 좋은 근거가 될 것으로 보인다.

## 56. 공사가 도중에 중단된 경우, 감리에 대한 보수 산정은?

최근 건설경기가 침체 국면에서 벗어나지 못하고 있어 시공사가 공사진행 도중에 공사를 아예 포기하거나 잠정적으로 중단하는 경우가 빈번하다. 공사가 중단되더라도 감리사무의 공공성에 입각하여 규정된 관련 법령에 의하여 감리회사로서는 당장 공사현장에서 자진하여 철수할 수 없다. 이러한 경우 건축주는 공사가 중단된 기간 동안은 감리사무가 수행되지 않았음을 이유로 해당기간 동안의 감리비 지급을 거부하는 경우가 많다. 이러한 유형의 분쟁에 관한 판례를 소개한다.

### [사실 관계]

감리업무를 영위하는 원고는 00주택건설과 감리비 6억원, 감리기간 1997년 6월 10일부터 1998년 8월 31일까지로 정하여 감리계약을 체결하면서 동시에 착수금 1억2000만 원을 지급받았다(감리비 지급방법: 계약시 착수금, 매 3개월마다 각 중도금 1억원, 사용검사 신청시 잔금지급).

00주택건설은 1997년 9월3일에야 착공하여 1997년 11월25일 전공정의 3% 정도를 시공한 후 공사를 완전히 중단하였고, 1997년 12월 9일 부도를 냈다. 원고는 1997년 12월 22일 관할관청의 감리업무 중지요청 수리 이후에 공사현장에서 철수하였다.

이에 원고는 00주택건설의 감리비채무를 보증한 피고를 상대로 1997년 9월10일 및 1997년 12월10일에 00주택건설로부터 지급받아야 할 중도금 합계 2억 원의 지급을 구하는 소송을 제기하였다.

### [법원의 판단]

피고는 이 사건과 같이 공사의 착공이 지연되고 중도에 공사가 중단된 경우에는 기성고의 비율에 따라 정산한 감리비 또는 실제 감리가 이루어진 기간에 따라 정산한 감리비에서 착수금을 공제한 금액만을 지급할 의무가 있다고 다투었다. 하지만, 대법원은, 감리계약이 도중에 종료된 경우 그 사무에 대한 보수의 범위는, 민법 제 686조 제2항 단서, 제3항의 규정에 따라 기간으로 보수가 정해진 경우에는 감리업무가 실제 수행되어 온 시점에 이르기까지 이행기가 도래한 약정 보수금을 청구할 수 있고, 후불의 일시불 보수약정을 하였거나 기간보수를 정한 경우에도 이행기가 도래하지 아니한 부분에 관하여는 감리인에게 귀책사유 없이 감리가 종료한 경우에 한하여 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다고 하면서, 총 감리계약기간 중 공사가 착공되어서 중단될 때까지의 기간이 차지하는 비율에 따른 감리비만을 청구할 수 있다고 한 원심판결을 파기하였다(대법원 2000. 8. 22. 선고 2000다19342 판결).

### [판결의 의미]

동 판결은 공사감리계약의 성격은 그 감리의 대상이 된 공사의 완성 여부, 진척 정도와는 독립된 별도의 용역을 제공하는 것을 본질적 내용으로 하는 위임계약이므로 공사가 중단되었더라도 공사 중단 시점까지의 공정률 또는 공사가 실제로 진행된 기간만을 기준으로 감리사무에 대한 보수를 정해서는 안 되고, 실제로 수행한 감리업무의 사무처리 내용을 중심으로 정하여야 한다는 점을 분명히 하였다. 즉, 감리의 대상이 된 공사의 진행 정도와 수행할 감리업무의 내용이 반드시 비례하여 일치할 수 없는 것은 그 감리업무의 속성상 당연하다 할 것임을 유의하여야 한다.

## 57. 책임주의가 반영되지 않은 양벌규정이 유효할까?

법인의 대표자나 대리인, 사용인 그 밖에 종업원(이하 종업원 등)이 그 법인의 업무에 관하여 특정한 위법행위를 한 경우 그 종업원 등을 처벌하는 것과 동시에 법인에 대하여도 책임을 묻는 양벌규정이 법에는 다수 존재하고 있다.

이러한 양벌규정이 ‘종업원 등이 위법행위를 한 때에는 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다’라는 형식으로 규정되어 있는 경우 법인은 해당 종업원 등에 대한 관리를 다하였는지와 무관하게 처벌을 받게 된다.

최근 이러한 형식의 양벌규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 계속되고 있어 아래와 같이 소개한다.

### [사실관계 및 헌법재판소의 판단]

수질 및 수생태계 보전에 관한 법률(이하 법) 제78조 제4호는 정당한 사유 없이 공공수역에 다량의 토사를 유출하거나 버려 상수원 또는 하천 등을 현저히 오염되게 하는 행위를 한 자를 형사처벌하도록 규정하고 있고, 법 제81조는 종업원 등이 그 법인의 업무에 관하여 제78조의 위법행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인에 대하여도 벌금형을 과하도록 규정하고 있다.

A 건설회사의 토목부과장인 B가 도로확장 및 포장공사를 하면서 도로 원형을 잡기 위한 성토 과정에서 발생한 토사를 하천에 흘려 보내자, 인근 주민들이 진정을 하여 A와 B는 법 제78조 제4호, 제81조 위반으로 입건되어 형사재판을 받게 되었다. 그러자 담당 법원은 법 제81조가 책임주의에 위반된다는 이유로 직권으로 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하였다.

이에 대해 헌법재판소는, 법 제81조의 양벌규정은 종업원 등의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 법인의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 법인의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 법인에 대하여 형벌을 부과하고 있는데, 이는 다른 사람의 범죄에 대하여 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과하는 것으로서, 헌법상 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 반한다고 판단하였다(헌법재판소 2013. 7. 25.자 2011헌가26 결정).

현재 이러한 취지의 연이은 헌법재판소 결정에 따라 많은 수의 양벌규정이 ‘법인이 그 위법행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다’라는 단서를 추가하고 있다. 따라서, 양벌규정으로 인하여 법인의 책임이 문제되는 사안에서 그 처벌 규정의 문언이 법 제81조처럼 위와 같은 단서 규정이 없는 때에는 해당 양벌규정이 헌법에 위반될 소지가 있으므로 이러한 점을 세심히 살펴볼 필요가 있다.

## 58. 법률상 요건과 절차를 갖추지 않은 공공계약의 효력

국가계약법 제11조 제1항 및 제2항에 의하면 국가가 계약을 체결하고자 할 때에는 계약의 목적, 계약금액, 이행기간, 계약보증금, 위험부담, 지체상금 기타 필요한 사항을 명백히 기재한 계약서를 작성하여야 하고, 그 계약담당공무원과 계약상대자가 계약서에 기명·날인 또는 서명을 함으로써 계약이 확정된다고 규정하고 있다. 따라서 위 법률상의 요건과 절차를 갖추지 않은 계약은 그 효력이 인정되지 않는다고 보고 있다. 지방계약법 역시 제14조에 의해 동일한 규정을 두고 있어 지방자치단체가 사인과 체결하는 계약에 있어서도 그 요건과 절차를 반드시 준수해야 할 필요가 있다.

그럼에도 법률이 정한 요건과 절차를 구비하지 못해 계약 또는 협약의 효력이 부인당하는 판결이 계속되고 있어 이를 소개하고자 한다.

[사실관계 및 법원의 판단]

A는 지방자치단체 B와 축산폐수처리시설공사계약을 체결하기로 하고, 그에 앞서 공사기간 단축을 위해 A가 필요한 기계장비를 미리 주문, 제작하며 B의 사정으로 계약이 체결되지 아니하는 경우 B가 기계설비 대금 등 A의 손해를 배상하기로 하는 '협약'을 체결하였다. 그런데 B의 책임 있는 사정으로 계약 체결은 계속 지연되었고 종국적으로 B는 A와의 계약 체결을 거부하였다. 이에 A는 위 협약에 근거하여 기계장비를 수입하여 보관하는 데 지출한 비용 상당의 손해 배상을 청구하였고 원심법원은 B의 배상책임이 인정된다고 판단하였다.

그러나 대법원의 판단은 원심과 달랐다. A와 B가 체결한 협약은 '손해를 배상한다'고만 규정하고 있을 뿐 B가 배상해야 할 손해액의 기준과 방법을 정하고 있지 않으며, 따라서 법률이 정한 요건과 절차를 거치지 않은 것으로 그 효력이 없다고 봄이 상당하다고 판단하였고, 당연히 B의 손해배상책임은 인정되지 않는다고 보았다.<대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다51288 판결>

국가, 지방자치단체와의 계약을 비롯한 공공계약은 반드시 법률의 요건사항을 명확하게 계약서에 기재하고, 계약당사자간의 기명·날인을 통해 성립하는 요식행위이다. 이러한 공공계약의 성립 원칙은 최초 계약체결 시에만 문제되는 것이 아니라 주요 계약내용을 변경하는 수정계약에 있어서도 동일하다고 볼 수 있다. 즉, 한 순간 계약의 주요 내용을 계약서에 분명하게 반영해야 한다는 점을 간과함으로써 계약 자체의 효력이 부인되어 그 권리를 행사할 수 없게 될 수 있다는 점을 주의해야 할 필요가 있다.

## 59. 부정당업자 제재기간과 입찰참가 제한의 판단

행정청으로부터 입찰참가자격제한처분을 받게 되면 해당 제재기간 중에는 공공발주에서의 입찰참가 및 계약체결이 제한된다는 점에 대해서는 의심의 여지가 없다(국가계약법 제27조, 지방계약법 제33조). 반면에 입찰참가 이후 낙찰자 결정 전 또는 낙찰자 결정 이후 계약체결 전에 일시 입찰참가자격제한처분이 개시되었다가 그 집행이 정지(혹은 제재종료)되는 경우 해당 업체에 대한 낙찰자 결정 및 계약체결이 가능한지에 대해서는 명백한 규정이 존재하지 않아 실무상 혼란이 있어 왔다. 실제 위와 같은 경우는 낙찰자 결정에 상당한 시일이 소요되는 대형공사입찰, 입찰금액 적정성심사 또는 협상에 의한 계약 등에서 심심치 않게 발생하고 있다.

이와 관련하여 기획재정부는 입찰참가 이후 낙찰자 결정 전 또는 낙찰자 결정 이후 계약체결 전에 일시 입찰참가자격제한처분이 개시되었다가 그 집행이 정지(혹은 제재종료)되는 경우 해당 업체에 대한 낙찰자 결정 및 계약체결이 가능하다는 분명한 입장을 취하고 있다. 실제 조달청 등에서도 이미 아래 기재부 회신과 같이 업무를 처리해 오고 있어 더 이상의 실무상 논란은 무의미하게 되었다.

[회제 41301-667, 99.11.3.]

공사입찰에서 부정당업자 제재를 받은자의 경우 입찰등록 마감일 전일까지 동 제재기간이 만료되는 때에는 『입찰참가자격유·무판단기준일 관련 회계통첩』에 정한 바에 따라 입찰참가등록 및 입찰참가가 가능한 것이며, 설계·시공일괄입찰을 실시하여 체결하는 공사계약에서 기본설계입찰일후 부정당업자 제재조치를 받은 경우로서 계약체결일전에 동 제재기간이 만료되는 경우라면 설계·시공일괄입찰에 따른 절차의 수행이 가능할 것임.

[계약제도과-1172, 2013. 8. 29.]

계약예규 『물품구매(제조)입찰유의서』 제3조의2 제1항에 따라 입찰참가자격의 판단기준일은 국가계약법 시행규칙 제40조 제4항의 규정에 의한 입찰참가신청서류의 접수마감일(이하 “입찰참가등록마감일”)로 하며, 입찰참가자는 입찰참가등록마감일 이후 입찰서 제출 마감일까지 당해 입찰참가자격을 계속 유지하여야 함. 따라서, 동 요건을 충족하여 유효하게 입찰참가 후 부정당업자 제재처분을 받고 낙찰자 결정 이전에 그 제재기간이 종료된다면 해당 입찰에 따른 절차의 수행이 가능할 것임.

따라서, 입찰참가자격제한처분을 부과하는 업무를 처리하는 행정청에서는 입찰참가자격제한처분이 국민의 기본권을 제한하는 침익적 행정처분이라는 점을 명심하고 법률에 규정된 문언의 한계를 초과하여 제재대상 및 제재효력이 확대되지 않도록 주의할 필요가 있다.

## 60. 독점업체의 공급거절에 대한 계약업체의 책임

국가 기타의 공공기관이 특정업체가 독점하는 특수한 성능 또는 기술이 포함된 물품제조 내지 공사를 발주하였을 경우 만약 그 특정업체가 해당 물품 또는 기술을 공급거절하여 계약을 이행하지 못한다면, 계약상대자는 당해 계약조항 및 법률 규정에 따라 계약불이행을 이유로 당연히 계약해제와 부정당업자 제재를 받아야 하는 것인지 의문이 들 수 있다. 이러한 문제는 2008. 12. 29. 신설 반영된 기획재정부 계약예규 「정부 입찰·계약집행기준」 제5조의 3을 통해 규정상 해결된 것임에도 불구하고 여전히 공공계약에서 다툼이 되고 있어 관련 판례를 소개하고자 한다.

[사실관계 및 법원의 판단]

A는 중앙관서인 B와 물품의 제조를 목적으로 하는 계약을 체결하였으며, 해당 물품의 제조에는 유일한 공급업체인 C가 제조하는 부품이 반드시 필요하였다. 그런데 C는 단가 인상을 요구하며 부품의 공급을 거절하였고, 결국 A가 계약목적물을 납품하지 못하게 되자, B는 계약해지는 물론 A에 대해 부정당업자 제재 처분을 부과하였다. A가 제재처분의 취소를 구하는 사안에서 서울고등법원은 “A의 계약불이행은 독점업체가 공급하는 특정제품을 구매하고자 하는 상황에서 정부 발주기관이 적정한 사전조치 없이 입찰에 불인 과실에 따른 것이므로 A의 책임을 인정할 수 없어 부정당업자제재처분은 위법하다”고 판결하였고, 대법원은 심리불속행 상고기각으로 원심을 확정하였다.

결국, 「정부 입찰·계약집행기준」 제5조의 3이 신설된 2008년 12월 29일 이후 특수한 성능 등이 요구되는 물품을 경쟁입찰에 의해 발주하는 경우 발주기관은 입찰공고 전에 독점업체와 물품공급 또는 기술지원협약을 체결하고 이를 입찰공고에 명시해야 할 의무가 있는바, 만약 발주기관이 위와 같은 협약을 사전에 체결하지 않은 상태에서 계약상대자가 계약이행을 다하기 위한 충분한 노력을 하였음에도 독점업체의 공급거절로 인해 계약을 이행하지 못하게 되더라도 해당 업체에 대하여 부정당업자 제재처분을 부과할 수는 없다는 점이 분명하게 확인된 셈이다.

최근 2013. 5. 15. 자 기획재정부 유권해석 역시 이러한 입장을 분명히 하고 있어, 특수한 성능 또는 기술이 포함된 공공계약의 당사자로서 독점업체의 부당한 공급거절에 직면하는 경우 위 판례와 계약예규의 취지를 염두에 둘 필요가 있다.