

碩士學位 請求論文
2013學年度



建設工事에서 不正當業者 制裁制度에 관한 研究

The Study on the Restriction on Qualification for
Participation of Inappropriate Business Entities in
Tendering Procedures in Construction Work

光云大學校 建設法務大學院

建設法務 司法專攻

姜 相 萬



建設工事에서 不正當業者 制裁制度에 관한 研究

The Study on the Restriction on Qualification for
Participation of Inappropriate Business Entities in
Tendering Procedures in Construction Work

光云大學校 建設法務大學院

建設法務 司法專攻

姜 相 萬



建設工事에서 不正當業者 制裁制度에 관한 研究

The Study on the Restriction on Qualification for
Participation of Inappropriate Business Entities in
Tendering Procedures in Construction Work

指導教授 이 춘 원

이 論文을 法學碩士學位 請求論文으로 提出함

2013년 12월

光云大學校 建設法務大學院

建設法務 司法專攻

姜 相 萬



姜相萬의 法學 碩士學位 論文으로 認准함

審査委員長 _____ (印)

審査委員 _____ (印)

審査委員 _____ (印)

광운대학교 건설법무대학원

2013년 12월

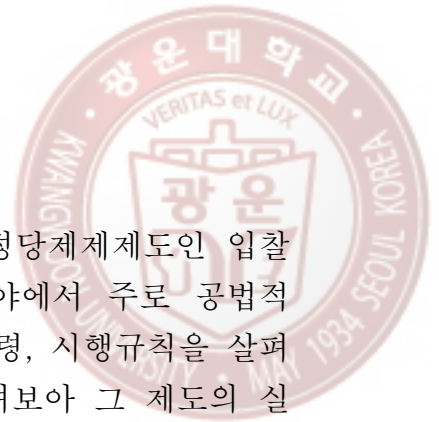


국문초록

建設工事に 있어서 不正當業者 制裁制度에 관한 研究

본 연구의 목적은 건설공사에 있어서 부정당제재처분 및 부실별점부과처분에 대한 권리구제방안이다. 물론 입법론으로 그 제도의 문제점과 개선방향도 제시하는 것이 필요하다. 부정당제재란 국가기관등이 실시하는 입찰 및 체결한 계약의 이행 등이 불성실한 자에 대하여 일정기간 입찰 참가 자격을 제한하여 동 기간 동안 국가기관, 지방자치 단체 및 공기업·준정부기관 등이 실시하는 입찰에 참가하지 못하게 하는 제도이다. 민사상의 법률관계를 형성하고 상법이나 민법 등 사법상의 규율영역에서는 계약당사자의 부정행위나 불성실한 계약이행에 대하여 다시 상대방을 선택하지 않으면 해결되나, 국가계약영역에서는 헌법상의 평등권의 원칙상 불합리한 차별을 허용하지 않고 관련법령상 특수한 능력이나 자격등을 요구하는 시설공사를 제외하고는 원칙적으로 상대방선택의 자유는 제한될 수 밖에 없다.

공공기관에서 발주하는 계약은 물품, 용역, 시설공사 및 군수조달에 이르기까지 광범위하여 산업발전의 선도적 역할을 담당하는 대신에, 공공기관의 계약과 관련한 각종 부조리는 정부예산의 낭비, 기업 생산성저하는 물론 국민신뢰를 떨어뜨리는 원인을 제공한다. 따라서 공공부분 계약과정에서 일어난 불법행위에 대하여는 엄격한 처벌이 이루어져야만 공공계약의 투명성을 향상시킬 수 있고, 금품제공 등 중요 계약법 질서위반 기업에 대해서는 간단명료한 기준절차에 따라 제재가 명확히 이루어지도록 하여 공정한 계약질서를 담보한다. 다만 경미한 제재사유나 불확실한 제재기준에 대해서는 제재현실을 반영하여 합리적으로 조정하거나 명확하게 개선할 필요가 있다.



이 연구의 주제인 건설공사에 있어서의 부정당제제제도인 입찰참가자격제한이므로 국가계약(공공조달계약)분야에서 주로 공법적 영역에 속하는 분야를 연구를 국가계약법, 시행령, 시행규칙을 살펴보고, 관련 판례, 기획재정부 유권해석례를 살펴보고 그 제도의 실제적 내용을 규명해 보고자 한다. 또한 비교법적으로 미국, 영국, 캐나다 등의 선진국의 입찰참가자격제한을 살펴보면서 우리나라는 징벌적 제도로 운용되고 있는데, 외국법제는 ‘유도적 제도’로 운용되고 있는 점을 살펴보면서 우리 법제의 문제점과 개선방향을 결론부분에서 살펴보고자 한다. 또한 최근에는 국가계약법에 개정입법으로 입찰참가자격제한 대체로 과징금이 도입되었는바 그 제도적 내용과 근거법률을 살펴보고자 한다. 부실벌점부과가 일정점수 누적되는 경우 신인도 감점 등으로 사실상 ‘입찰참가자격제한 효과’를 가져오는 바 그 제도와 운용요령, 실제 사례를 살펴보고 구제방안도 살펴 보기로 한다. 필자는 최근 민간투자법상의 입찰참가자격제한 사례를 실제로 발주기관에서 심의하고, 제재하고, 청문절차를 거치고, 집행정지 인용되고, 입찰참가자격제한처분 취소소송이라는 행정소송의 1심을 국가송무 수행자로서 수행하다가 지금은 퇴직하여 변호사 업무를 보고 있다. 아주 드문 사례여서 민간투자법상의 입찰참가자격제한제도 및 관련사례를 검토해 보기로 한다.

또한 결론에서 건설공사에 있어서의 입찰참가자격제한제도의 실태를 언급하면서 문제점과 개선방향을 간략히 정리하면서 본 논문을 마무리 하기로 한다.



목 차

제1장 서론

제1절 연구의 배경과 목적-----	1
제2절 연구의 방법 및 범위-----	2

제2장 부정당업자 입찰참가자격제한 제도

제1절 제1절 부정당업자 제재의 개념-----	3
---------------------------	---

제2절 제도의 목적

1. 국가계약법에서 도출한 제도의 목적-----4
2. 헌법재판소의 결정취지로 본 제도의 목적-----11

제3절 부정당업자 입찰참가자격제한의 법적 성질

1. 현행법상 부정당업자 제재의 규율체계-----11
2. 부정당업자 제재의 법적 성격에 대한 검토 필요성-----14
3. 견해의 대립 -----15
4. 법원의 태도 -----18

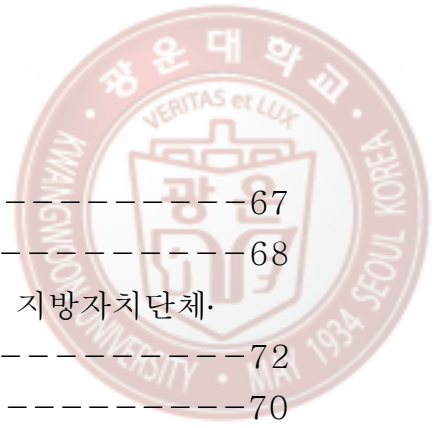
제4절 제재 주체·대상·시기 및 부정당제재처분의 절차

1. 제재의 주체 -----32
2. 제재의 대상 -----34
3. 제재의 시기 -----39
4. 부정당제재처분의 절차-----36

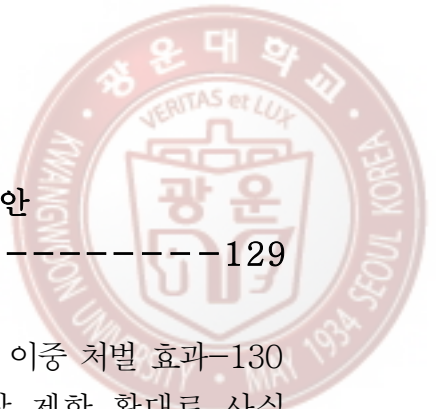
제5절 제재사유와 제재기간

1. 제재사유 열거의 성격-----43
2. 국가계약법시행규칙 제76조 및 별표2의 법적 성격-----43
3. 제재사유-----46
4. 수개의 제재사유 및 제재기간의 가중·감경-----64

제6절 부정당제재처분의 효력



1. 처분의 효력발생시기-----	67
2. 효력의 내용-----	68
3. 지방자치단체·정부투자기관에 대한 효과 및 지방자치단체· 정부투자기관이 행한 처분의 효과-----	72
4. 개별인격에 대한 처분, 처분 효력의 승계-----	70
제7절 사회기반시설에 관한 민간투자법상의 부정당제재의 효과 -----	71
1. 국가계약법 및 민간투자법상의 부정당제재 규정 비교---	71
2. 민간투자법상의 부정당제재의 효력범위-----	79
3. 민간투자법상의 부정당제재에 대한 구제방안-----	80
제8절 비교법적 고찰	
1. 미국의 부정당업자 제재제도-----	85
2. 캐나다의 부정당업자 제재제도-----	96
3. 영국 정부조달에 있어서 부정당업자 제재-----	99
제3장 부정당제재처분과 벌점부과제도	
제1절 벌점제도의 도입배경-----	102
제2절 벌점제도 관리 흐름도-----	103
제3절 벌점제도의 운영-----	104
제4절 벌점부과에 대한 구제방법-----	106
제4장 부정당제재처분에 대한 구제방법	
제1절 법적 성질과 구제방법-----	117
1. 개요-----	117
2. 행정기관에 의한 구제-----	117
제2절 부정당제재처분에 대한 행정소송-----	118
1. 개요-----	118
2. 집행정지-----	119
3. 부정당업자 제재에 대한 재판상 주요문제-----	123



제5장 부정당업자 제재제도의 문제점과 개선방안

제1절 서 -----129

제2절 부정당업자 제재제도의 문제점

- 1. 관련법령에 따른 각각의 제재 중복으로 사실상의 이중 처벌 효과-130
- 2. 발주기관 외 타 중앙관서 등으로서의 입찰 제한 확대로 사실상 영업 정지제재의 효과가 있으므로 ‘이익 형량의 원칙’에 반하는 결과를 초래할 수 있다. -----132
- 3. 부정당업자 제재 사유의 과다 -----132
- 4. 부정당업자 제재 처분 시효 제도 부재 -----133
- 5. 계약심의회의 비전문성-----133

제3절 부정당제재처분과 과징금제도

- 1. 부정당제재처분에 갈음하는 과징금제도 도입 필요성--133
- 2. 과징금부과의 근거법규 -----137
- 3. 과징금 제도를 악용하는 문제점 해결 방안-----144
- 4. 과징금부과에 대한 구제방안-----144

제4절 부정당업자제재제도의 개선 방안

- 1. 감경하더라도 1개월 이상 입찰제한을 하는 것을 집행유예나 면제 등의 면책처분이 이루어 질 수 있도록 제재처분이 합리적으로 운용되어야 할 것이다. -----145
- 2. 입찰참가자격 제한 사유의 합리적 재조정-----146
- 3. 부정당업자 제재처분에 대한 제척기간 도입 필요-----147
- 4. 부도 등 경영위기로 인한 부정당업자 제재처분에 대한 합리적 개선-148

제6장 결론-----148

참고문헌 -----152

ABSTRACT-----154



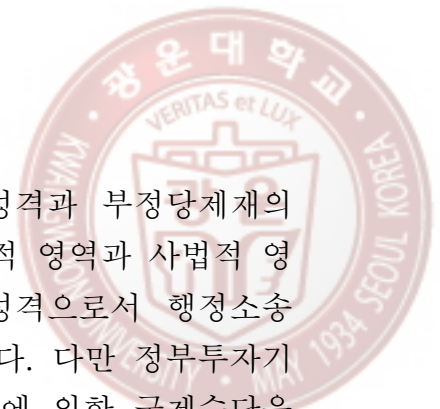
제1장 서론

제1절 연구의 배경과 목적

민사상의 법률관계를 형성하고 상법이나 민법 등 사법상의 규율영역에서는 계약당사자의 부정행위나 불성실한 계약이행에 대하여 다시 상대방을 선택하지 않으면 해결되나, 국가계약영역에서는 헌법상의 평등권의 원칙상 불합리한 차별을 허용하지 않고 관련 법령상 특수한 능력이나 자격등을 요구하는 시설공사를 제외하고는 원칙적으로 상대방선택의 자유는 제한될 수 밖에 없다.

공공기관에서 발주하는 계약은 물품, 용역, 시설공사 및 군수조달에 이르기까지 광범위하여 산업발전의 선도적 역할을 담당하는 대신에, 공공기관의 계약과 관련한 각종 부조리는 정부예산의 낭비, 기업 생산성저하는 물론 국민신뢰를 떨어뜨리는 원인을 제공한다. 따라서 공공부분 계약과정에서 일어난 불법행위에 대하여는 엄격한 처벌이 이루어져야만 공공계약의 투명성을 향상시킬 수 있고, 금품제공 등 중요 계약법 질서위반 기업에 대해서는 간단명료한 기준절차에 따라 제재가 명확히 이루어지도록 하여 공정한 계약 질서를 담보한다. 다만 경미한 제재사유나 불확실한 제재기준에 대해서는 제재현실을 반영하여 합리적으로 조정하거나 명확하게 개선할 필요가 있다.

부정당제재처분을 하는 근거법률은 국가기관은 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’, 지방자치단체는 ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’, 정부투자기관 등 공공기관은 ‘공공기관 운영에 관한 법률’, 지방공기업은 ‘지방공기업법’을 근거로 제재사유, 제재기간, 제재대상, 제재절차 등을 규정하고 있다.

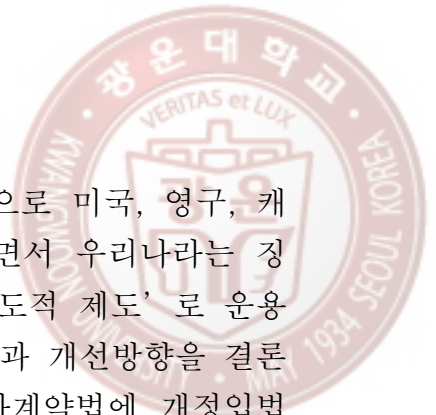


기존 연구에서는 국가계약법의 법적 성격과 부정당제재의 성격에 대하여 어느정도 논의가 완성되어 공법적 영역과 사법적 영역으로 구분하면서도, 부정당제재는 행정처분성격으로서 행정소송에 의하여 해결하여야 한다고 입장이 정리되었다. 다만 정부투자기관에 의한 부정당제재는 행정소송이 아닌 민법에 의한 구제수단을 통하여 해결하여야 하는 것으로 정리되었다.

필자는 발주기관에서 근무하면서 발주기관의 입장에서 부정당제재를 바라보았는데, 입장이 바뀌어 부정당제재를 받는 기업을 변호하는 지위에서 ‘입찰참가자격 제한’은 민간건설시장규모가 축소되고, 공공건설시장에 참가하여 수주하여 기업을 영위하는 입장에 선 자들은 생사의 갈림길에 서는 제도라는 것을 뼈저리게 느끼게 되면서, 정당한 해석을 필요로 하는 부분이 많다는 것을 공감하면서 제재대상, 제재시기, 제재사유 등을 정리하여 합리적인 해석론을 정립할 필요성을 느끼게 되었다. 또한 우리나라는 독일이나, 영국 등 선진국에 비하여 제재사유가 다양하고 많은 문제점이 있다고 제기하는 데 그렇다면 제재사유가 그렇게 많은 것이 사실인지 그렇게 많은 제재사유가 필요한지, 다른 대안은 없는지 최근에 도입된 과징금은 어떤 제도인지 등을 포함한 입법론을 제시하고, 나아가 실질적으로 민간투자법상의 입찰참가제한제도도 도입되었는데 실제사례를 소개하고 문제점은 없는지 살펴본다. 또한 권리구제방법을 아울러 살펴보고 자 한다.

제2절 연구의 방법 및 범위

이 연구의 주제인 건설공사에 있어서의 부정당제재제도인 입찰참가자격제한이므로 국가계약(공공조달계약)분야에서 주로 공법적 영역에 속하는 분야인 국가계약법, 시행령, 시행규칙을 살펴보고, 관련 판례, 기획재정부 유권 해석례를 살펴보고 그 제도의 실제



적 내용을 규명해 보고자 한다. 또한 비교법적으로 미국, 영국, 캐나다 등의 선진국의 입찰참가자격제한을 살펴보면서 우리나라는 징벌적 제도로 운용되고 있는데, 외국법제는 ‘유도적 제도’로 운용되고 있는 점을 살펴보면서 우리 법제의 문제점과 개선방향을 결론 부분에서 살펴보고자 한다. 또한 최근에는 국가계약법에 개정입법으로 입찰참가자격제한 대체로 과징금이 도입되었는데 그 제도적 내용과 근거법률을 살펴보고자 한다. 부실벌점부과가 일정점수 누적되는 경우 신인도 감점 등으로 사실상 ‘입찰참가자격제한 효과’를 가져오는 바 그 제도와 운용요령, 실제 사례를 살펴보고 구제방안도 살펴 보기로 한다. 필자는 최근 민간투자법상의 입찰참가자격제한 사례를 실제로 발주기관에서 심의하고, 제재하고, 청문절차를 거치고, 집행정지 인용되고, 입찰참가자격제한처분 취소소송이라는 행정소송의 1심을 국가송무 수행자로서 수행하다가 지금은 퇴직하여 변호사 업무를 보고 있다. 아주 드문 사례여서 민간투자법상의 입찰참가자격제한제도 및 관련사례를 검토해 보기로 한다.

또한 결론에서 건설공사에 있어서의 입찰참가자격제한제도의 실태를 언급하면서 문제점과 개선방향을 간략히 정리하면서 본 논문을 마무리 하기로 한다.

제2장 부정당업자 입찰참가자격제한 제도

제1절 부정당업자 제재의 개념

부정당제재란 국가기관등이 실시하는 입찰 및 체결한 계약의 이행 등이 불성실한 자에 대하여 일정기간 입찰 참가 자격을 제한하여 동 기간 동안 국가기관, 지방자치 단체 및 공기업·준정부기관 등이 실시하는 입찰에 참가하지 못하게 하는 제도이다.



제2절 제도의 목적

1. 국가계약법에서 도출한 제도의 목적

(1) 제도의 목적

국가계약법 제27조에 의하면 ‘경쟁의 공정한 집행’ 또는 ‘계약의 적정한 이행’을 해칠 염려가 있거나 ‘기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자’의 입찰참가자격을 제한하므로, 부정당업자 입찰참가자격제한제도의 목적은 우선 국가입찰 등 계약상대자 선정 단계의 공정성 확보 및 공정하고 성실한 계약의 이행을 확보하기 위한 것임을 알 수 있다. 그리고 이러한 부정당업자를 사전에 미리 배제함으로써 국가가 입게 될 불이익을 미연에 방지하기 위함이기도 하다¹⁾.

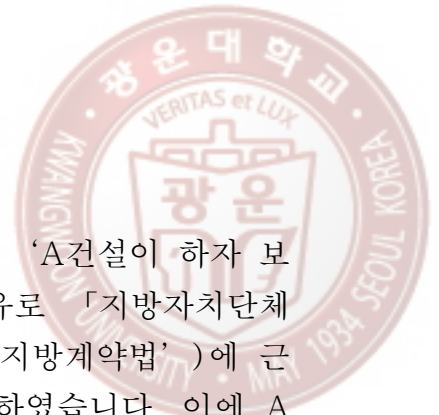
(2) 하자보수 거부한 사안에서 입찰참가자격 제한하는 것도 국가계약법 제27조 입법취지에 부합하는가²⁾?

1). 사건의 사실관계와 쟁점

(가) A건설은 B교육청으로부터 도급받아 2007년 경남 B군에 있는 C초등학교 인조잔디구장을 건설하였습니다. 그런데 B교육청은 ‘잔디구장이 평탄하지 않다’는 이유로 보수를 요청하였고, A건설은 잔디구장 하자 원인이 무엇인지 규명하자며 1년 가까이 보수를 지체하였다.

1) 이명의, ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’상의 부정당업자 입찰참가자격제한에 관한 연구, 한양대 대학원, 석사논문, 2007. 29면

2) 법무법인 지평지성, 하자보수 거부하면 입찰참가자격 제한된다, 2012. 5. 5.자 판례평석 참조



이에 경상남도교육감은 B교육청의 의견을 받아 ‘A건설이 하자 보수요청을 받았음에도 이를 거부하였음’ 을 이유로 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘지방계약법’)에 근거하여 A건설의 입찰참가자격을 6개월간 제한하였습니다. 이에 A건설은 경상남도교육감을 상대로 부정당업자제재처분취소청구를 하였다.

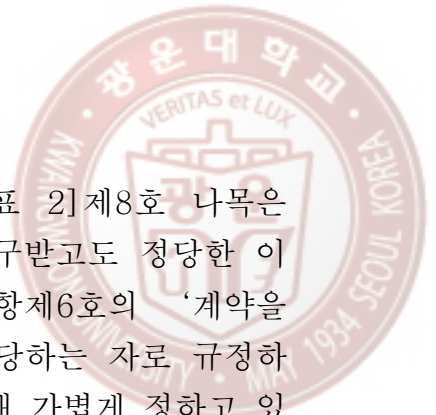
(나) 이 사건에서 구 지방계약법 시행령(2010년 7월 26일 대통령령 제22303호로 개정되기 전의 것) 제92조제1항제6호에서 정한 ‘계약을 이행하지 아니한 자’ 에 ‘하자보수요구에 응하지 아니한 자’ 도 포함되는지가 문제되었습니다. 1, 2심 법원은 ‘공사계약을 이행하지 않은 때만 입찰자격이 제한되므로, 하자보수 지체는 계약불이행이 아니다’ 는 이유에서 부정당업자제재처분을 취소하였다.

(다) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’) 시행규칙 [별표 2] 제8호 나목에 의하면, ‘계약이행’ 에는 하자보수의무 이행도 포함된다고 명시되어 있는 반면, 지방계약법 시행규칙에는 이에 관한 규정이 없다.

2). 대법원 판결의 태도

대법원은 원심을 뒤집고, 공사계약자로서 하자보수의무를 이행하지 아니한 자도 ‘계약을 체결한 후 계약이행을 하지 아니한 자’ 에 해당하므로 입찰자격제한을 받을 수 있다고 하였다.

대법원은 ‘계약이행’ 이라는 용어의 정의나 포섭의 구체적 범위가 명확히 규정되어 있지 않으므로, 규정의 전반적 체계나 취지, 입법목적, 관련 규정과의 조화로운 해석 등을 고려하여 해석하여야 한



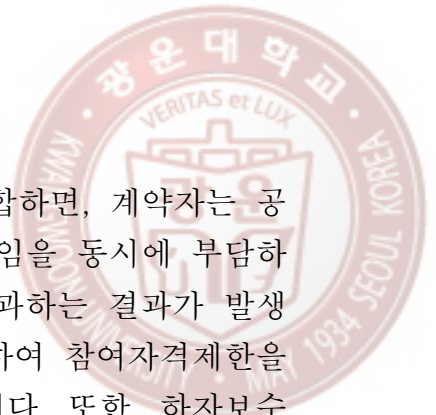
다고 전제한 후, “시행규칙 제76조제1항[별표 2]제8호 나목은 ‘공사계약의 연대보증인으로서 하자보수를 요구받고도 정당한 이유 없이 이에 불응한 자’를 시행령 제92조제1항제6호의 ‘계약을 체결한 이후 계약이행을 하지 아니한 자’에 해당하는 자로 규정하면서 그 제재기간은 공사계약의 주채무자에 비해 가볍게 정하고 있어, 하자보수요구에 불응한 공사계약의 주채무자도 위 시행령의 ‘계약이행을 하지 아니한 자’에 해당함을 당연한 전제로 하고 있다고 보이고, 계약의 이행보증에 관한 시행령 제51조제1항제1호에서는 계약상대자가 부담하는 계약의 이행보증은 당해 공사 계약상의 시공의무이행을 보증하는 것이고 위 시공의무이행에는 하자보수의무이행을 포함한다고 명시하고 있는 점” 등을 종합할 때, **하자보수의무를 이행하지 않는 자도 계약이행을 하지 아니한 자에 포함된다고 판단하였다.**

3). 대상판결의 의미와 파생할 수 있는 법률적 쟁점들

(가). 대상판결의 의미

대법원은 지방계약법 시행령 제92조제1항제6호에서 정한 ‘계약을 체결한 후 계약을 이행하지 아니한 자’에게는 계약 상 주된 급부를 이행하지 아니한 경우뿐만 아니라 ‘하자보수의무를 이행하지 아니한’ 경우도 포함된다고 보았습니다. 지방계약법 시행규칙 [별표 2]에 의하면, 처분청은 5개월 이상 7개월 미만의 기간 동안 계약자의 입찰참가자격제한을 할 수 있습니다. 대법원은 계약이행의 의미를 넓게 파악함으로써, 공사 완공 이후에도 ‘계약을 이행하지 아니한 자’에 해당할 수도 있도록 하였다.

한편 지방계약법 시행령 제29조제1항제1호에 의하면, 계약이행을 조잡하게 한 자도 하자(보수)비율에 따라 2년 이하의 기간 동안 참



여자격제한을 받을 수 있습니다. 위 규정을 종합하면, 계약자는 공사로 인한 하자과 관련하여 행위책임과 결과책임을 동시에 부담하게 되었습니다. 하자의 비율이 일정 정도를 초과하는 결과가 발생할 경우, 계약이행을 조잡하게 한 경우에 해당하여 참여자격제한을 받는다는 점에서 계약자는 결과책임을 부담합니다. 또한, 하자보수요구에 응하지 아니한 행위 자체가 계약이행거부에 해당하기 때문에, 계약자는 하자보수거부행위에 대한 책임을 부담하게 된다.

위 판결로 인하여, 지방계약에서 아래와 같은 법률적 쟁점들이 발생할 수 있습니다. 첫째, 계약자가 하자보수요구에 응하지 않더라도 정당한 사유가 있다면, 계약자에게 입찰참가자격제한을 할 수 없다는 점에서 ‘정당한 사유’와 같은 제재사유 해석기준이 문제됩니다(제한사유 해석의 문제). 둘째, 처분청이 계약자가 하자보수요구에 응하지 않았다는 사실로 계약자에 대한 부정당업자제재처분을 하였다가, 이후 제기된 취소소송 중 ‘공사를 조잡하게 하였다는 사유’를 추가·변경할 수 있는지 문제됩니다(제한사유 추가·변경의 문제). 셋째, 처분청이 계약자에 대하여 하자보수요구에 응하지 않았다는 사유로 부정당업자제재처분을 하였는데, 이후 공사를 조잡하게 한 사실이 발견된 경우 재차 부정당업자제재처분을 할 수 있는지 문제된다(제한사유 경합의 문제).

(나). 제재사유 해석 기준과 ‘정당한 사유’의 의미

대법원은 원칙적으로 입찰참가자격 제한사유는 엄격하게 해석되어야 한다는 입장에 있습니다. 대법원은 “침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인



의미를 벗어나서는 안 될 것” 이라고 하였다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791 판결).

대법원은 위와 같은 원칙에 따라 “국가계약법 시행령 제76조제7호에 규정된 ‘특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자’ 는 ‘당해 경쟁입찰에 참가한 사람’ 으로서 그 입찰에서 특정인이 낙찰되도록 하기 위한 목적으로 담합한 사람을 의미한다고 보아야 하고, 당해 경쟁입찰에 참가하지 아니함으로써 경쟁입찰의 성립 자체를 방해하는 담합행위자는 설사 그 경쟁입찰을 유찰시켜 수의계약이 체결되도록 하기 위한 목적에서 비롯된 것이라 하더라도 위 ‘계약상대자 또는 입찰자’ 에 해당한다고 할 수 없다” 고 하였습니다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791 판결). 반면 국가계약법의 ‘공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행’ 이라는 입법목적에 비추어 제한사유를 넓게 해석한 예도 있습니다. 대법원은 국가계약법 시행령 상 ‘서류의 위조·변조’ 에는 타인의 명의를 도용하는 방법으로 위조하여 제출하는 행위는 물론 자신의 명의로 작성하더라도 허위의 내용을 기재한 서류를 작성하여 제출하는 ‘무형 위조’ 도 포함된다고 판단하였다(대법원 2000. 10. 13. 선고 99두3201 판결).

결국, 입찰참여자격제한은 형사처벌이 아니기 때문에 ‘공정 경쟁과 성실한 계약이행’ 이라는 입법목적으로 고려하여 제한사유를 해석할 수는 있지만, 침익적 처분임을 고려하여 계약상대방에게 불리한 지나친 유추해석이나 확장해석은 제한된다.

이상을 종합할 때, ‘정당한 사유 없이 계약이행을 하지 아니한 자’ 중 ‘정당한 사유’ 는 단순히 하자의 존재라는 결과만으로 인정되어서는 안 될 것입니다. 계약자가 객관적 근거 등 정당한 사유에 기초하여 하자가 발생하지 않았다고 판단한 경우, 계약자가 하자보수를 거부하더라도 이는 계약의 적정한 이행이라는 공익을 침



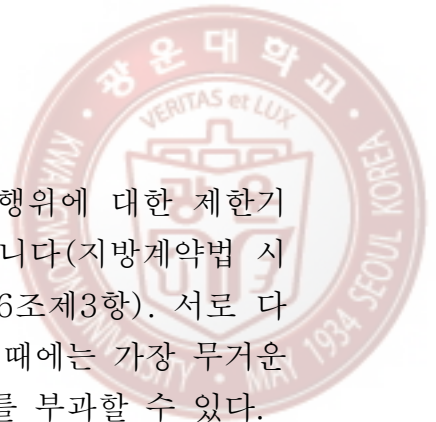
해한다고 볼 수 없기 때문입니다. 대상판결에서 ‘인조구장의 하자가 원고의 시공상 잘못임을 스스로 인정하였다’는 점을 설시한 것도 이와 같은 맥락으로 볼 수 있다.

(다). 제한사유 변경과 ‘공사의 이행을 조잡하게 한 자’

부정당업자제재처분취소소송 중 행정청이 부정당업자제재사유를 변경하는 경우가 있습니다. 하지만 이와 같은 처분사유의 변경은 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 허용될 수 있습니다. 가령 ‘정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니한 사실’과 ‘계약의 이행과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물을 준 사실’은 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적으로 동일하지 않습니다. 대법원은 이와 같은 경우에서 사유의 변경을 허용하지 않았습니다(대법원 1999. 3. 9. 선고 98두18565 판결). 반면 처분사유를 ‘담합을 주도하거나 담합하여 입찰을 방해하였다’에서 ‘특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자’로 변경하는 경우, 대법원은 같은 행위에 대한 법률적 평가만을 달리하는 것이므로 기본적 사실관계가 변경되지 않았으므로 사유를 변경할 수 있다고 보았다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791 판결).

이상에 비추어 볼 때, 부정당업자제재처분취소소송 중 처분청이 입찰참여자자격제한의 사유를 ‘공사를 조잡하게 하였다’는 것에서, ‘하자보수요구에 응하지 아니하였다’는 것으로 사유를 추가·변경하는 것은 허용되기 어려울 것으로 보입니다. ‘하자보수요구 거부행위’와 ‘하자발생 비율이 기준치를 초과한 사실’은 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없기 때문이다.

(라). 제한사유의 경합



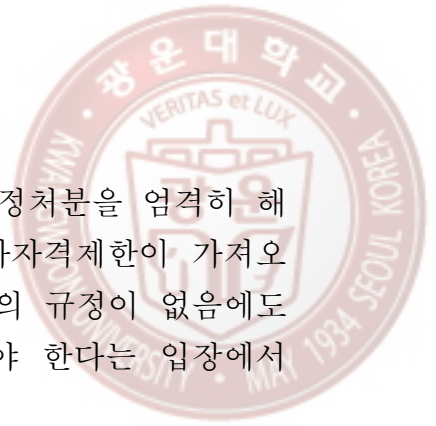
부정당업자가 수 개의 위반행위를 한 경우 각 행위에 대한 제한기준 중 무거운 제한기준에 따른 제한을 받게 됩니다(지방계약법 시행규칙 제76조제3항, 국가계약법 시행규칙 제76조제3항). 서로 다른 위반행위를 하였는데, 제한의 정도가 상이한 때에는 가장 무거운 기준을 적용하여 하나의 입찰참가자격 제한조치를 부과할 수 있다.

문제는 동일한 입찰절차와 관련하여 일정한 위반행위가 있어 이미 일정기간의 입찰참가자격 제한조치가 내려졌는데, 그 후 새로운 위반행위가 발견된 경우 재차 입찰참가자격제한을 할 수 있는지 문제됩니다. 가령 처분청이 계약자에 대하여 하자보수를 거부하였다는 사유로 5개월간 참여자격제한처분을 하였는데, 8개월 참여자격제한사유에 해당하는 조잡한 계약이행 사실이 발견된 경우, 추가제한을 할 수 있는지 문제된다.

이에 대하여 추가제한조치가 불가능하다는 견해와 추가로 발견된 위반행위에 대하여 별도의 제한조치를 한 다음 국가계약법(혹은 지방계약법) 시행규칙 제76조제2항, 제4항에 따라 가중·감경하여 집행할 수 있다는 견해가 있다.

지방계약법 시행규칙 제76조제3항의 취지를 비추어 보았을 때, 추가제한이 불가능하다고 보기는 어렵습니다. 수 개의 위반행위에 대하여 동시에 자격제한처분이 내려진 경우와의 형평을 고려하여, 지방계약법 시행규칙 제76조제3항의 예에 따라 추가 자격제한조치를 할 수 있을 것으로 판단됩니다. 위의 예시를 기준으로 하였을 때, 처분청은 무거운 제한기준에 따라 3개월 범위 내에서 추가 참여자격제한처분을 할 수 있을 것으로 보인다.

4) 판례평석



위와 같이 국가계약법 제27조의 침익적 행정처분을 엄격히 해석하여야 한다고 하는 대법원의 취지, 입찰참가자격제한이 가져오는 치명적 법적 효과, 당해 지방계약법에 명문의 규정이 없음에도 제도목적취지에 맞지 않는 확대해석은 경계해야 한다는 입장에서 비판의 여지가 있다고 생각합니다.

2. 헌법재판소의 결정취지로 본 제도의 목적

헌법재판소는 부정당업자 입찰참가자격제한제도의 목적이 “국가계약에서 공정한 입찰 및 계약질서를 어지럽히는 행위를 하는 자에 대하여 일정기간 동안 입찰참가를 배제함으로써 국가가 체결하는 계약의 성실한 이행을 확보함과 동시에 국가가 입게 될 불이익을 미연에 방지하기 위함³⁾” 이라거나 “부정당업자가 정부투자기관의 계약에 관여함에 따라 여러 가지 공적 폐해가 발생할 우려가 있는 경우를 방지하고 계약의 공정성을 확보함과 동시에 정부투자기관이 추구하는 공적 목표를 달성하기 위하여 계약의 충실한 이행을 확보하는 것⁴⁾이라고 실시하고 있다.

제3절 부정당업자 입찰참가자격제한의 법적 성질

1. 현행법상 부정당업자 제재의 규율체계

현행법은 정부계약과 관련한 부정당업자의 입찰참가자격제한에 관하여 4개의 법률에서 규정하고 있는바, 이는 다른 아닌 국가계약법규, 지방계약법규, 공공기관운영법 및 공기업·준정부기관계약사무규칙, 지방공기업법이다. 최근 본고에서 검토한 민간투자법상의 입찰참가자격제한이다.

3) 헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2005헌가 1 결정.

4) 헌법재판소 2005. 4. 28. 선고 2003헌바40 결정.



(1) 국가계약법상 부정당업자 제재규정

국가계약법 제27조 제1항에 그 근거를 두고 있으며, 사유기간·효과에 대하여 규정하고 있다.

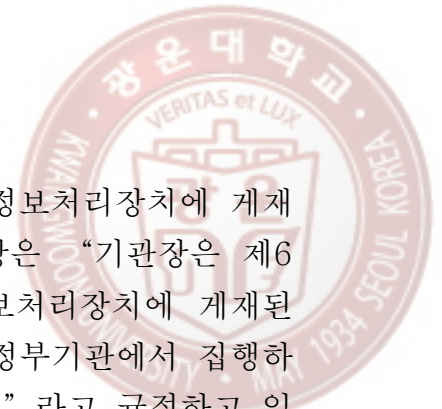
(2) 지방계약법상 부정당업자 제재규정

지방계약법 제31조 제1항은 “지방자치단체의 장은 대통령령이 정하는 바에 따라 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해할 염려가 있거나 그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여는 제32조에 따른 범위에서 입찰참가자격을 제한하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 계약심의위원회의 심의를 거치지 아니하고 입찰참가자격을 제한할 수 있다.” 라고 규정하고 있다.

(3) 공공기관운영법상 부정당업자 제재규정

공공기관 운영법 제39조 제2항은 “공기업·준정부기관은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다.” 라고 규정하고 있고, 동조 제3항은 “제1항과 제2항의 규정에 따른 회계처리의 원칙과 입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항은 기획재정부령으로 정한다.” 라고 규정하고 있다.

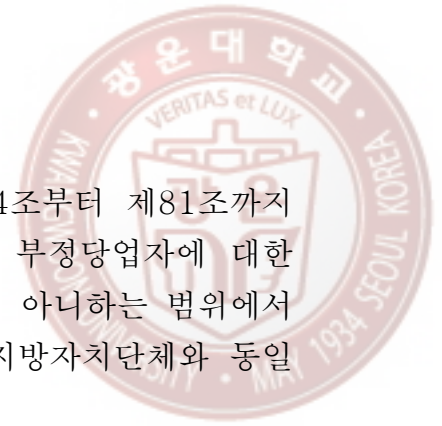
이에 공공기관운영법에 의하여 위임받은 공기업·준정부기관계약사무규칙 제15조 제6항은 “기관장(별표 2에 해당하는 기관만 해당한다)은 입찰참가자격을 제한하는 경우에는 다음 각 호의 사항을



명백히 하여 기획재정부장관이 지정·고시하는 정보처리장치에 게재하여야 한다.” 라고 규정하고 있고, 동조 제7항은 “기관장은 제6항에 따라 입찰참가자격 제한 사실이 지정정보처리장치에 게재된 자에 대하여 해당 제한 기간에는 그 공기업·준정부기관에서 집행하는 모든 입찰에 참가할 수 없도록 하여야 한다.” 라고 규정하고 있다. 위 규정에 의하면 공공기관의 경우 국가기관이나 지방자치단체와 달리 [별표2]에 해당하는 기관에 대해서만 지정정보처리장치에 게재하도록 하고, 모든 공공기관은 자신이 시행하는 입찰과 관련하여 지정정보처리장치에 게재된 자에 대해서만 입찰참가자격을 제한할 수 있다는 점을 알 수 있다. 즉 위 지정정보처리장치에 게재되지 않는 공공기관으로부터 부정당업자로 제재를 받았다 하더라도 당해 공공기관이 아닌 다른 공공기관이 시행하는 입찰에 참가할 수 있다는 점에서 상당한 차이가 있다.

(4) 지방공기업법상 부정당업자 제재규정

지방공기업법 제64조의2 (회계원칙 등) 제3항은 “공사는 계약을 체결함에 있어서 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대하여는 2년 이내의 범위에서 입찰참가자격을 제한할 수 있다.” 라고, 제4항은 “제1항 내지 제3항의 규정에 따른 회계처리, 계약의 기준 및 절차, 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항은 행정안전부령으로 정한다.” 라고 규정하고 있다. 동법 시행규칙 제23조의3(회계처리)는 “법 제64조의2 제4항에 따른 회계처리, 계약의 기준 및 절차와 입찰참가자격의 제한에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령’ 제2조, 제7조부터 제48조까지, 제51조, 제52조, 제54조부터 제56조까지, 제64조, 제66조부터 제78조까지, 제80조부터 제92조까지(제92조제6항은 제외한다), 제93조부터 제105조까지의 규정과 ‘지방자치단체를 당



사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙’ 제4조부터 제81조까지의 규정을 준용한다. 결국 지방공기업의 경우 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한과 관련하여 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 지방계약법을 준용하도록 명시하고 있으므로 지방자치단체와 동일하게 처리하게 될 것이다.

2. 부정당업자 제재의 법적 성격에 대한 검토 필요성

행정국가·급부국가·복지국가의 등장으로 국가기관 등이 사경제의 주체와 대등한 입장에서 당사자가 되어 체결하는 정부계약은 공법적 성격을 전혀 배제할 수는 없겠지만 거의 공권력의 작용과 무관한 사경제적 작용에 해당하는 것이 많을 것이다. 그런데 이상과 같은 사경제적 작용에 불과한 정부계약과 관련하여 계약상대자가 소정의 계약조건을 위반하였다고 하여 해당관서 뿐만 아니라, 다른 기관이 시행하는 입찰에 대한 입찰참가자격을 제한하는 것을 공법상 처분으로 볼 수 있는지 여부가 명확하지 아니하다. 특히 국가기관 등에 의하여 위법, 부당한 부정당업자 제재를 받은 경우 법적 성격에 따라 적용 법리는 물론 그 구제방법이 달라지기 때문에 권리구제의 측면에서 부정당업자 제재의 법적 성격이 매우 중요하다고 볼 수 있다.

즉 부정당업자 제재가 단순한 사법상 통지라면 민사소송 절차에 의하여 권리구제를 받아야 할 것이고, 제재의 위법성 여부를 판단함에 있어서 민사법상의 기본원리, 특히 계약의 법리가 적용되어야 할 것이나, 부정당업자 제재를 행정처분으로 본다면 행정소송 절차에 따라 항고소송을 제기해야 할 것이고, 위법여부를 판단함에 있어서 행정상 법치행정의 원리나 비례의 원칙등 공법상 법리가 적용될 것이기 때문이다.⁵⁾ 이에 대하여 종래 주장된 학설과 판례 등을

5) 김성근, 부정당업자 제재의 법적성격과 구제방안에 대한 고찰, 경희대 행정대학원, 석사



살펴보고, 그 이후 제정된 민간투자법상의 입찰참가자격제한등과 관련 법률의 제·개정 에 따른 사정 등을 종합하여 검토한다.

3. 견해의 대립

(1) 사법상 통지설

입찰참가자격은 청약할 수 있는 법적 지위이고, 입찰참가자격을 제한하는 것은 사법상 현상이며, 사법적 현상이라도 공익목적 아래 실정법의 규정으로 공법적 성질을 부여할 수도 있을 것이나, 명문으로 취소소송의 대상이 됨을 규정하지 않는 한 낙찰자결정은 물론 입찰참가자격제한 역시 정부계약의 사법적 준비행위에 불과하다는 견해이다⁶⁾. 이 견해는 독일의 경우 우리의 정부계약 및 입찰참가자격제한에 해당하는 공공발주 및 발주제한을 비롯한 전체과정을, 유럽공동체법에 따라 관련 법규정에 공법적 요소가 가미되었음에도 불구하고 지배적으로 여전히 사법적 견지에서 바라본다는 것을 그 근거로 들고 있다. 정부투자기관의 경우 국가의 행정조직 밖에 위치한 사법인으로서 법령에 의한 행정권한의 귀속이나 위임이 존재하지 않으므로 정부투자기관의 입찰참가자격제한 역시 사법상 행위에 불과하다는 견해도 있다⁷⁾.

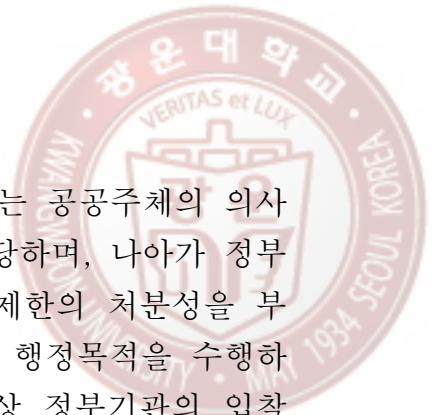
(2) 행정처분설

독일의 국고이론은 오늘날 그 존재의의를 상실하였으므로 정부계약과 관련된 영역을 국고관계로 규정하여 사법관계로 파악하

논문, 118면

6) 이상규, 입찰참가자격제한행위의 법적 성질, 행정판례연구 제1집, 청운사(1992), 130 ~ 132면.

7) 김종권, 정부투자기관의 입찰참가자격제한행위의 법적 성질에 관한 소고, 법률신문(2006. 8. 31. 제3486호).

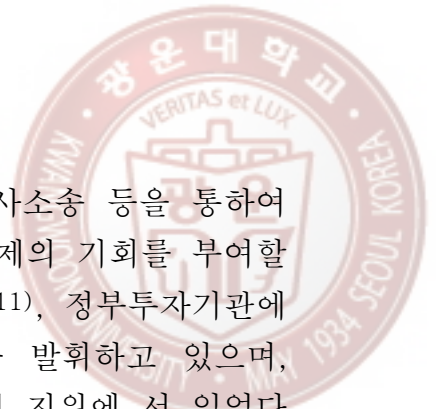


고, 이를 전제로 정부계약과 관련하여 이루어지는 공공주체의 의사 표시를 사법상의 의사표시로 이해하는 것은 부당하며, 나아가 정부투자기관(현재 공공기관)이 행한 입찰참가자격제한의 처분성을 부인한 종전의 판례를 비판하고 행정청의 개념도 행정목적을 수행하는 조직단위로 해석되어야 한다면서, 논리전개상 정부기관의 입찰참가자격제한은 당연히 행정처분으로 보아야 하는 견해⁸⁾, 정부계약의 법적 성격에 대하여 기본적으로 사법상 계약으로 보면서, 체결되는 계약의 성질에 따라 공법관계인 경우에는 행정처분으로, 사법관계인 경우에는 사법상 통지에 해당한다면서 부정당업자의 입찰참가자격제한을 행정처분으로 보는 견해⁹⁾, 정부계약이 사법상 계약이라 하더라도 정부계약은 공익상의 이유로 당사자 선택, 계약체결방식에 있어서 일정한 제한(낙찰자결정 방식 등을 법령에 규정하고, 계약체결 방식을 제한하고 있음)을 받고 있는데, 일반 사기업의 경우 계약의 적정한 이행을 위하여 계약상대자의 자격을 자유로이 제한할 수 있으나, 정부계약은 당사자 선택 및 방식이 제한됨으로 인하여 오히려 계약이행능력이 없는 부실한 업자를 어쩔 수 없이 계약상대자로 선정할 수 밖에 없는 문제가 발생하므로 이를 보완하기 위한 방법으로 국가계약법 등은 ‘공법적 성격’을 가진 부정당업자의 입찰참가자격제한제도를 두고 있다면서 이를 행정처분으로 보는 견해¹⁰⁾, 국가나 지방자치단체가 사법상 계약준비 또는 이행과정에서 발생하는 하자를 이유로 하는 부정당업자 제재조치는 계약과는 달리 행정청이 우월한 지위에서 당사자의 의사에 관계없이 법규에서 정하는 요건에 해당할 경우에 하는 제재조치로서 처분성이 인정되며, 정부투자기관의 부정당업자 제재조치는 행정청이 아닌 기관의 행위에 대하여 처분성을 인정하는 점에서 논란의 여지가 있으

8) 이원우, “정부투자기관의 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한조치의 법적 성질”, 한국공법이론의 새로운 발전, 삼지원(05.6.) 444~458면.

9) 한건우, “입찰참가자격제한 및 부정당업체 통법의 적법타당성”, 연세법학 제6집 제1권, 109면.

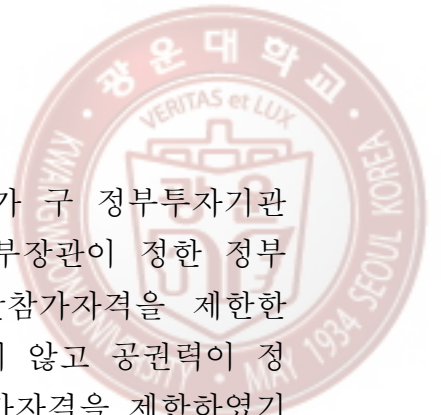
10) 이충선, “부정당업자의 입찰참가자격제한 처분에 대한 소고”, 공군법률논집, 제7권 통권 제21호, 221~223면.



나, 현실적으로 입찰참가자격을 제한하면서 민사소송 등을 통하여 구제받을 수 없는 사업자에게 효과적인 권리구제의 기회를 부여할 필요가 있다는 점에서 처분성일 인정하는 견해¹¹⁾, 정부투자기관에 의한 입찰참가자격제한조치는 사실상 구속력을 발휘하고 있으며, 정부투자기관이 본래적 의미에 있어서 행정청의 지위에 서 있었다고 볼 수는 없을지라도 그 정부투자기관으로서 설립목적의 범위내에서 정부투자기관회계규정에 의하여 입찰참가자격제한에 관한 고권적 규율을 하도록 예정되어 있었던 이상, 그 한도 내에서 준 행정기관으로서의 권한을 행사했던 것으로 볼 수 있고, 정부투자기관회계규정 또한 1999년 2월 5일 법개정 이전의 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항이 “제1항의 규정에 의한 회계처리의 기준과 절차에 관한 사항은 재무부장관이 정한다.”라고만 되어 있어 그 규정의 법적 성질이 모호했던 점에 있었기에 판례가 그 법규적 효력을 부인하였지만, 법률의 직접적 수권에 의하여 제정된 것이고 법률의 규정과 결합하여 대외적 구속력을 발휘한다고 볼 수 있는 여지가 있을 뿐만 아니라, 민사소송으로 이 사건 입찰참가자격제한 조치를 다룰 수 있는 길이 막혀있고, 또 처분성이 부정됨으로 인하여 행정소송으로도 구제를 받을 수 없다면 권리구제의 사각지대를 만들어 국민의 재판받을 권리를 침해하는 결과가 되므로 이를 처분으로 보아 항고소송을 통한 권리구제의 길을 열어 주는 것이 타당하다는 견해¹²⁾, 행정처분의 여부는 행정의 특권을 사용한 공권력의 행사로서의 일방적인 결정여부에 있는 것이지, 처분의 근거여부에 있는 것이 아니므로 처분의 근거여부가 문제가 된다면 이는 처분의 위법성이 문제되어 각각의 대상이 될 수 있으나 처분의 근거가 없다는 이유로 행정처분이 아닌 사법상 행위라고 하는 것은 논리의 비약이므로 입찰참가자격제한 행위가 공권력의 행사인가 아닌가에

11) 장두환, “행정심판상 처분성에 관한 연구”, 충남대학교 특허법무대학원 법학석사논문 (2006), 52면 및 70~71면.

12) 홍준형, “정부투자기관의 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한조치의 법적 성질”, 법제 (499), 법제처(1999.7.), 25면.



대하여 먼저 판단했어야 하는데, 한국전력공사가 구 정부투자기관 관리기본법 제20조의 위임에 의하여 재정경제부장관이 정한 정부투자기관회계규정을 적용하여 일방적으로 입찰참가자격을 제한한 것은 협상에 의한 사법상 계약의 방식을 취하지 않고 공권력이 정한 일방적 규정을 적용하여 일방적으로 입찰참가자격을 제한하였기 때문에 이것은 명백히 행정의 특권을 사용한 일방적인 공권력의 행사에 해당된다는 견해¹³⁾, 행정행위는 기능적 기준에 따라 분류되어야 보다 합리적이고, 국가계약법을 살펴볼 때 국가계약 체결과정상의 정부부문의 행위는 법률에 기속받고 있으며, 계약체결상 각 단계의 행위는 어느 경우나 법령에 기초한 정부부문의 일방적 판단행위로서 계약상대방이나 관계자들이 커다란 영향을 받는다는 점에 비추어 부정당업자 제재는 행정처분과 다를 바 없다고 보거나¹⁴⁾, 국제입찰에 의한 정부조달과정에서 불이익을 받은 자는 취소나 시정을 위한 이의신청을 인정하고 있다는 점을 고려할 전형적인 행정처분으로 본다는 견해 등이 있다¹⁵⁾.

4. 법원의 태도

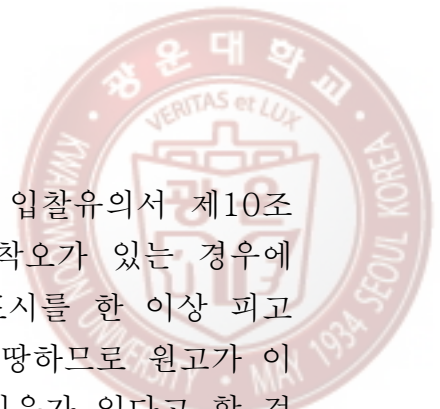
(1) 국가기관

조달청이 입찰에 참가하여 낙찰자로 결정된 자가 정당한 이유 없이 계약체결에 응하지 아니한다는 이유로 부정당업자로 보아 입찰참가자격을 제한하자 낙찰자가 이에 불복하여 입찰참가자격정지 처분취소소송을 제기한 사안에서, 대법원은 “원고의 대리인이 입찰금액을 60,780,000원으로 기재한다는 것이 착오로 금

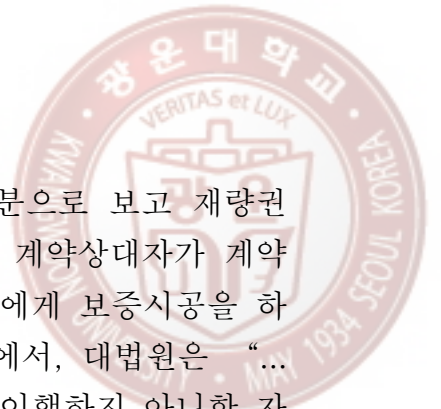
13) 이광운, “공기업의 입찰참가자격제한 행위의 법적 성질(집행정지)”, 월간 법제(2001. 6.), 15면.

14) 조태제, “공공조달행정에서의 공정성확보를 위한 사법심사제도의 도입방안”, 토지공법연구, 한국토지공법학회(2001. 11.), 60면

15) 김봉채, “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 대한 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사논문, 258면



6,708,000원으로 잘못 기재한 것은 시설공사 입찰유의서 제10조 제10호 소정의 입찰서에 기재한 중요부분의 착오가 있는 경우에 해당되어 이를 이유로 즉시 입찰취소의 의사표시를 한 이상 피고 (조달청장)는 본건 입찰을 무효로 선언함이 마땅하므로 원고가 이 사건 공사계약체결에 불응하였음에는 정당한 이유가 있다고 할 것이니 원고를 부정당업자로 6월간 입찰참가자격을 정지한 피고의 처분은 재량권을 일탈하여 위법하다” 고 판시하고 있다. 즉 조달청의 입찰참가자격제한조치에 대하여 “처분”이라는 용어를 사용하면서 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한 행정처분으로 보고 있다. 또한 계약상대자가 자신의 귀책사유로 공사를 중단하였으나 연대보증인이 잔여공사를 완성했음에도 불구하고 발주기관이 계약상대자에게 입찰참가자격을 제한한 사안에 대하여 계약상대자가 부정당업자 자격제한처분무효확인 청구사건에서도, 대법원은 “원고회사는 1984. 11. 13. 경 그의 귀책사유로 그 공사를 중단하여 계약을 불이행하였음이 분명한 바, 그 연대보증회사가 잔여 공사를 승계, 완공하였다 하여 원고회사의 계약불이행 사실에 어떠한 소장을 초래할 수는 없고, 또 1984. 12. 18. 자 이 사건 자격제한처분을 일컬어 계약 불이행 사실이 있기도 전에 이루어진 사전처분이라고 볼 수도 없어 이 사건 처분은 당연 무효라고 볼 수는 없다” 라고 판시하여 입찰참가자격제한을 처분이라 표시하고 당연 무효가 아니라는 취지로 판단하고 있다. 그리고 납품서류 등을 변조한 계약상대자에 대하여 입찰참가자격을 제한한 사안에서, 대법원은 “원고들의 위와 같은 대기업제품 납품과 공장등록변조 등의 행위는 ‘계약의 이행에 있어서 현저하게 조잡 또는 부당하게 하거나 부정한 행위를 한 자’ 및 ‘입찰참가자격에 관한 서류를 위조 또는 변조한 자’에 해당된다고 할 것이고, 원고들 주장의 영업상 지장 등 제반사정을 고려한다 하더라도 위 입찰참가자격제한으로 인해 달성하려고 하는 공익목적에 비해 원고들이 입는 불이익이 지나치게 무겁다고 할 수 없어 원고들에 대한 피고의 이 사건 처분에 재량권일탈, 남

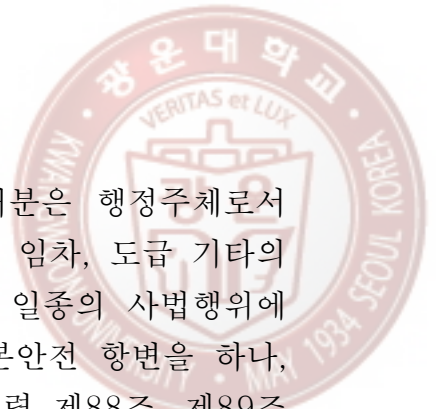


용의 위법이 없다” 라고 판시하여 역시 행정처분으로 보고 재량권 일탈, 남용이 없다고 판단하고 있다. 그리고 원래 계약상대자가 계약을 이행할 수 없게 되자 발주기관이 연대보증인에게 보증시공을 하지 않다는 이유로 입찰참가자격을 제한한 사안에서, 대법원은 “... 제7호에서 정당한 이유 없이 계약을 체결 또는 이행하지 아니한 자를 들고 있으므로, 법원이 이 사건 입찰참가자격제한처분의 당부를 판단함에 있어서는 원고가 보증시공의무를 이행하지 아니한 데 정당한 이유가 있는지의 여부를 심리하여 처분의 위법 여부를 판단하여야 할 것이고, 나아가 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니하였다고 인정되는 경우에도 피고가 제반 사정에 비추어 지나치게 과도한 제한기간을 정함으로써 재량권을 일탈 또는 남용한 위법이 있는지를 가려 보아야 할 것이다. 나아가 이 사건 처분이 재량권을 일탈하여 위법한 것인지의 여부를 보건대 위 예산회계법시행령의 규정에 의하면 부정당업자에 대하여는 1월 이상 2년 이하의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한하도록 규정하고 있음에 비추어 이 사건 처분으로 과한 2개월의 제한기간은 최소한에 가까운 제재임을 알 수 있고, 원고가 보증시공의무를 불이행한 데 정당한 이유가 있다고 할 수 없는 이상 원고가 드는 다른 사정을 참작한다 하더라도 이 사건 처분이 재량권을 일탈하여 위법하다고 볼 수는 없다¹⁶⁾” 라고 판시하여 역시 행정처분으로 전제하고 재량권의 일탈, 남용 여부를 판단하고 있다. 결국 이상의 대법원판결을 종합하면 대법원은 처음부터 국가기관이 계약상대자에게 부과한 부정당업자재제의 성격을 행정행위인 처분으로 당연시하고 있다고 판단된다.

(2) 지방자치단체

지방자치단체(충청북도)의 소송대리인이 입찰참가자격제한은 사법행위에 불과하다는 항변에 대하여, 서울고등법원은 “피고 소

16) 대법원 1996. 2. 27. 95누4360 판결.



송대리인은 예산회계법상의 입찰참가자격제한처분은 행정주체로서의 관청이 단순한 사경제주체로서 행하는 매매, 임차, 도급 기타의 계약에 있어 그 상대방이 될 자를 제한하려는 일종의 사법행위에 불과하므로 행정소송의 대상이 될 수 없다고 본안전 항변을 하나, 예산회계법 제70조의4, 제70조의 18, 동법시행령 제88조, 제89조의 각 규정에 비추어 볼 때 예산회계법상의 입찰참가자격제한조치는 오히려 공권력작용과 일체성을 갖는 것으로 봄이 상당하고 이의 구제는 행정소송의 대상이라고 할 것이므로 피고의 위 본안전 항변은 받아들이지 아니한다” 라고 판시하여¹⁷⁾ 지방자치단체의 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한조치는 공권력작용과 일체성을 갖는 것으로서 행정소송의 대상이 된다고 명확하게 실시하고 있다. 또한 대법원은 “원고가 피고 산하 동구청장으로부터 수급한 부산직할시 동구 초량 1,2동 불량건물 정비지구 가로축조공사의 일부를 건설업법에 의한 건설업면허가 없는 소외인에게 하도급하여 시공케 한 것이 위 예산회계법시행령 제89조 제1항 제8호에 해당한다고 하여 원고의 일반경쟁 입찰참가자격을 제한한 피고의 이 사건 처분을 지지한 원심조치는 정당하다고 하겠다” 고 판시하고¹⁸⁾, “원고가 이 사건 제1공사를 약정준공기일보다 1개월 지연한 1989. 10. 11.에, 이 사건 제2공사를 약정준공기일보다 17일 지연한 같은 해 8. 28.에 각 준공하였다는 것이므로 이는 구 예산회계법시행령 제89조 제1항 제6호 소정의 ‘정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니한 때’에 해당하므로 이를 들어 원고의 입찰자격을 제한한 피고의 이 사건 처분을 지지하고 원고 주장을 배척한 원심조치는 정당하다” 라고 판시하여¹⁹⁾ 지방자치단체가 부과한 입찰참가자격제한이 행정행위라는 전제에서 행정행위의 취소권의 행사에 대한 법리를 실시하고 있다. 결국 대법원은 국가기관과 마찬가지로 지방자치단체의 부정당업자 제재에 대하여도 당연히 행정처분으로 보고 있다.

17) 서울고법 1982. 6. 8. 81구610 제1특별부판결: 확정.

18) 대법원 1983. 7. 12. 83누127 판결.

19) 대법원 1991. 11. 22. 91누551 판결.



(3) 공공기관

1) 한국토지주택공사

종래 대법원은 정부투자기관의 하나인 한국토지주택공사(구 한국토지공사)의 부정당업자 제재에 대하여 “한국토지개발공사법의 규정에 의하여 설립된 자본금 전액 정부투자법인일 뿐인 한국토지개발공사가 행정소송법 소정의 행정청 또는 그 소속기관이거나 이로부터 일정기간 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분의 권한을 위임받았다고 볼 만한 아무런 법적 근거가 없으므로, 한국토지개발공사가 한 그 제재처부는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라 단지 상대방을 그 공사가 시행하는 입찰에 참가시키지 않겠다는 뜻의 사법상의 효력을 가지는 통지행위에 불과하고, 또한 그 공사의 이와 같은 통지행위가 있다고 하여 상대방에게 예산회계법 제95조 제2항, 지방재정법 제62조 제2항에 의한 국가 또는 지방자치단체에서 시행하는 모든 입찰에의 참가자격을 제한하는 효력이 발생한다고 볼 수도 없으므로 그 상대방이 한국토지개발공사를 상대로 하여 제기한 부정당업자제재처분 효력정지신청의 본안소송은 부적법하다”고 판시하면서 그 효력정지신청을 각하하여²⁰⁾ 한국토지공사의 부정당업자 제재에 대하여도 행정처분으로 보지 않고 있다²¹⁾. 또한 명시적으로 행정처분으로 밝히고 있지 않지만 부정당업자의 처분 주체에 각 중앙관서의 장, 지방자치단체, ‘공기업·준정부기관 계약사무규칙’ 제15조의 공기업·준정부기관의 장이 부정당업자의 입찰참가자격제한처분을 하도록 규정하고 있다²²⁾라고 하여 행정처분을 전제로 하고 있는 견해도 있다. 최근의 대법원 판결²³⁾도 행정처분으로 판단한 것으로 보인다. 행정소송이

20) 대법원 1995. 2. 28. 94두36 판결.

21) 김성근, 전거서, 석사논문, 131면 참조

22) 정원, 공공조달계약, 2008년발행, 372면 참조



진행되다가 헌법재판소의 관련 결정이 나온 것을 소개하면서 필자의 견해를 피력해보기로 한다.

가) 사건의 개요

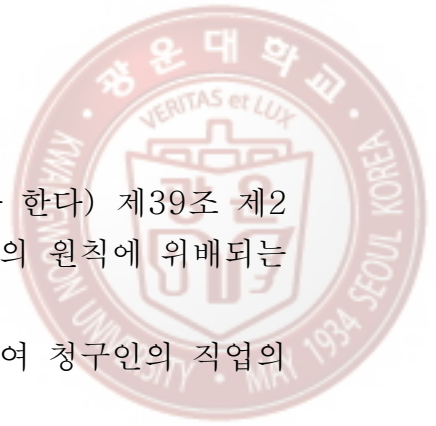
00중공업은 토목건축업·조선업 등을 영위하는 회사로서, 한국토지주택공사가 발주한 ‘김해 울하지구 택지개발사업 조경공사’ 중 일부를 도급받아 2006. 10. 24.부터 2008. 5. 31.까지 시공하였는데, 그 과정에서 청구인의 직원인 현장소장이 한국토지주택공사의 현장감독관에게 2,000,000원을 교부하였다.

한국토지주택공사는 2010. 4. 13. 00중공업에게 ‘계약 이행과 관련하여 직무관련자에게 뇌물을 주어 부정당업자에 해당한다.’는 이유로 ‘공공기관의 운영에 관한 법률’ 제39조 제2항 및 ‘공기업·준정부기관 계약사무규칙’ 제15조 제1항 등에 의하여 1.5개월간 입찰참가자격을 제한하는 부정당업자제재처분을 하였다.

00중공업은 위 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 기각되었고(수원지방법원 2010구합4958), 이에 대하여 항소를 제기한 후 항소심 계속 중(서울고등법원 2010누21145) ‘공공기관의 운영에 관한 법률’ 제39조 제2항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 2011. 4. 13. 기각되자(서울고등법원 2011아38), 2011. 5. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

이에 대하여 헌법재판소 2012. 10. 25. 자 2011헌바99 결정【공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항 위헌소원】으로 판시사항은 다음과 같고, [1] 부정당업자의 공기업·준정부기관 입찰가격을 제한하는 ‘공공기관의 운영에 관한 법률’(2007.1.19.법률 제

23) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011두10584 판결【부정당업자제재처분취소】



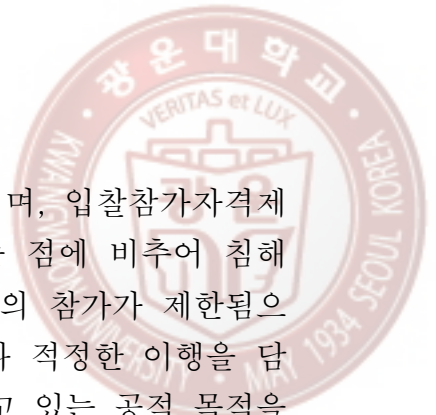
8258호로 제정된 것, 이하 '공공기관운영법'이라 한다) 제39조 제2항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 명확성의 원칙에 위배되는지 않고

[2] 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 직업의 자유를 침해하지 않는다.

[3] 이 사건 법률조항이 자기책임원칙에 위배되는지도 않는다.

이에 대한 결정요지는 [1]에 대하여 “이 사건 법률조항은 ‘공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다’는 것은 계약당사자가 계약체결과 그 이행과정에서 불공정한 행위를 하여 계약의 공정성과 적정성을 해치고 계약을 통해 달성하려는 목적을 해할 수 있는 자라는 것이 확실한 상태에 있는 것임을 넉넉히 예측할 수 있다. 그리고 공기업·준정부기관이 어떤 공공기관인지는 공공기관운영법 제4조, 제5조에 규정되어 있고, 2년 범위 내에서 제한기간을 정하도록 구체적으로 한정되어 있으며, 특별히 입찰참가가 제한되는 계약의 범위가 한정되어 있지 않으므로 제재의 범위를 충분히 예측할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.” 라고 했고, 위 [2]에 대하여 “공기업·준정부기관이 공개입찰의 공정성 확보와 계약에 따른 충실한 이행을 담보할 목적으로 부정당업자에 대하여 입찰참가자격을 제한하는 것은 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 방법의 적정성도 인정된다.

그리고 복수의 사업을 영위한다고 하여 부정당행위가 있었던 사업 이외 다른 사업 영역과 관련하여 입찰참가자격을 제한할 수 없도록 한다면 공기업·준정부기관의 공공적 내지 공익적 사업에 대한 공정성의 신뢰가 크게 실추될 것이 충분히 예견되며, 공기업·준정부기관이 발주하는 입찰에 참가하는 자격을 일정기간 동안만 제한할 뿐 그 자격을 완전히 박탈하는 것은 아니고, 부정당업자에

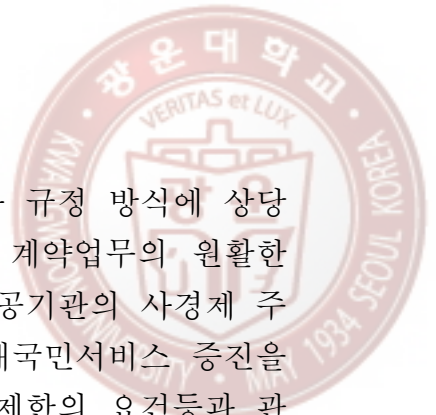


게 사전 의견진술 및 사후 이의신청권이 인정되며, 입찰참가자격제한이 공기업·준정부기관의 재량에 맡겨져 있는 점에 비추어 침해의 최소성에 반하지 않는다. 나아가 공개입찰에의 참가가 제한됨으로써 부정당업자가 입는 피해가 계약의 공정성과 적정한 이행을 담보하고 이를 통해 공기업·준정부기관이 수행하고 있는 공적 목적을 달성하고자 하는 공익보다 훨씬 더 중요한 것이라고는 볼 수 없어 법익의 균형성도 갖추고 있다.

따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. “라고 했고, 위 [3]에 대하여는” 이 사건 법률조항에 의하더라도 그 제재처분의 원인이 된 행위의 책임을 자신의 탓으로 돌릴 수 없다거나, 그러한 행위로 인하여 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하지 않다는 점을 얼마든지 다툼으로써 제재처분에서 벗어날 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 자기책임원칙에 위배된다고 볼 수 없다. “라고 판시했다. 항소심재판 계류중에 위헌소원을 신청하여 본안판단을 하였는바 1심재판부나, 항소심재판부도 행정처분성을 전제로 하여 각하하지 않고 1심은 기각하였으나, 항소심은 인용하여 원고가 승소하였다. 2013. 9. 12. 상고기각으로 원고승소판결이 확정되었다.

위의 사건에 대한 대법원은 “이 사건 규칙 조항은 앞서 살펴본 바와 같이 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 행정규칙에 불과하므로 이 사건 처분이 적법한지 여부는 위 규칙에 적합한지 여부가 아니라 공공기관법의 규정과 입법 목적 등에 적합한지 여부에 따라 판단하여야 한다.

그런데 다 같이 입찰참가자격 제한에 관하여 규정한 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’이라 한다)

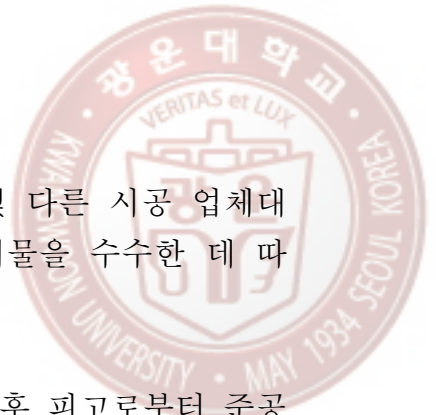


과 공공기관법을 대비해 보면, 그 규정 내용이나 규정 방식에 상당한 차이가 있다. 우선 국가계약법은 그 목적을 계약업무의 원활한 수행만을 들고 있는 것과 달리 공공기관법은 공공기관의 사경제 주체성에도 주목하여 공공기관의 경영합리화와 대국민서비스 증진을 목적으로 하고 있다(각 제1조). 입찰참가자격 제한의 요건등과 관련해서도, 국가계약법은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행에 대한 침해의 '염려' 나 입찰에 참가시키는 것이 '부적합'하다고 인정되는 경우 등 그 대상을 폭넓게 규정하면서도, 그 요건에 해당하면 입찰참가자격을 제한하여야 한다고 하여 기속규정의 형식을 취하고 있는 반면(제27조 제1항), 공공기관법은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 '명백' 한 경우로 요건은 더 제한적으로 규정하면서도 제한 여부에 대해서는 '제한할 수 있다'고 하여 처분 재량을 인정하고 있다. 따라서 행위 태양이 동일하더라도 국가계약법이 적용될 경우에는 입찰참가자격이 제한되지만 공공기관법이 적용될 경우에는 제한되지 않는 경우를 법률이 이미 예정하고 있다고 할 수 있다.

나). 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 알 수 있는 이 사건의 자세한 사실관계는 다음과 같다.

① 이 사건 공사의 발주자인 피고 측 직원으로서 공사현장 감독관인 소외 1은 시공사인 원고 측이 자신의 요구를 거절하지 못한다는 사정을 잘 알고서 원고 측 현장소장 소외 2에게 현장에 아는 업체가 들어가 일할 수 있게 해 달라거나 금품을 달라는 요구를 수차례 하였다.

② 소외 2는 처음에는 이를 거절하다가 개인 돈을 마련하여 원활하게 공사진행을 하게 해 달라고 하면서 소외 1에게 두 차례에 걸쳐 200만 원을 교부하였는데, 이와 관련하여 배임수재죄로 기소유예 처



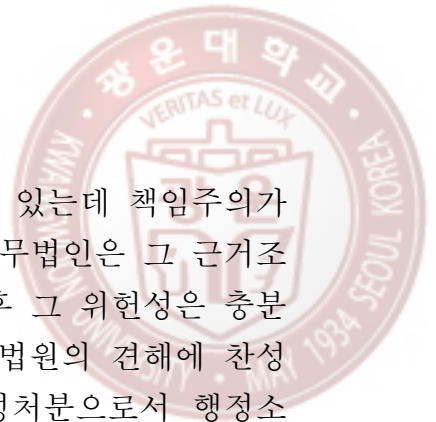
분을 받았고, 소외 1은 이에 따른 배임수재죄 및 다른 시공 업체대표로부터 7회에 걸쳐 합계 1천만 원 상당의 뇌물을 수수한 데 따른 뇌물수수죄 등으로유죄 판결을 받았다.

③ 원고는 예정대로 이 사건 공사를 모두 마친 후 피고로부터 준공검사를 받았고, 약정한 공사대금도 모두 지급받았으며, 그 과정에서 부실공사 등을 비롯한 다른 위법 문제가 생긴 바는 없다.

④ 원고는 연 평균 수주액이 약 1조 7,400억 원에 이르므로, 이 사건 처분으로 인하여 입찰참가자격이 제한되는 기간의 수주액 손실은 산술적으로 약 2,100억 원 이상에 이른다.

이러한 인정 사실에서 나타나는 금원 지급의 경위, 그 금액 정도, 그로 인한 영향 등을 앞서 본 공공기관법의 목적, 입찰참가제한규정의 내용과 취지 등에 비추어 살펴 보면, 이 사건 행위로 인하여 이 사건 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 ‘명백’하다고 하기는 어렵다할 것이다.

원심이 같은 취지에서 이 사건 처분이 위법하다고 판단한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 피고 주장과 같은 공공기관법의 해석·적용에 관한 법리오해의 위법은 없다 “고 판시하면서 중요한 법리를 밝혔는데 첫째 한국토지주택공사가 한 부정당업자자 제재처분은 행정처분이다. 위임법령의 한계상 법규명령이 아닌 사무규칙에서 제재처분의 사유를 추가하여 확장할 수 없다. 둘째 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하지 않은 경우의 사례에 대한 판단기준을 제시하였다는 점이다. 본연구의 민간투자법상의 입찰참가제한제한처분취소소송의 사례 제시에서도 알 수 있듯이 상품권 100만원을 준 것이 과연 ” 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백 “한 것이냐, 뇌물을 준 자에 해당하느냐가 문제되었을 때 국가계약법과 달리 민간

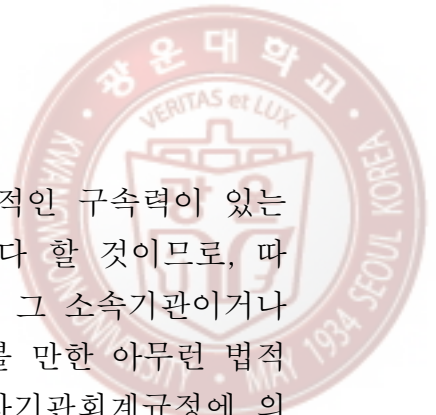


투자법은 명시적으로 책임주의를 규정하지 않고 있는데 책임주의가 적용되느냐 하는 문제에 대하여 당해 원고의 법무법인은 그 근거조항의 위헌성에 대하여는 문제삼지 않았지만 향후 그 위헌성은 충분히 문제될 소지가 있다고 할 것이다. 필자는 대법원의 견해에 찬성하면서 한국주택공사의 부정당업자 제재는 행정처분으로서 행정소송절차에서 구제받아야 할 것이라고 판단한다.

2) 한국전력공사의 부정당업자제재

대법원은 한국전력공사의 부정당업자 제재처분 취소소송에서 “행정소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청 또는 그 소속기관이나 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 공공단체가 국민의 권리의무에 관계되는 사항에 관하여 직접효력을 미치는 공권력의 발동으로서 하는 공법상의 행위를 말하며, 그것이 상대방의 권리를 제한하는 행위라 하더라도 행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공단체의 행위가 아닌 한 이를 행정처분이라고 할 수 없는 것이다²⁴⁾. 그런데 한국전력공사는 한국전력공사법의 규정에 의하여 설립된 정부투자법인일 뿐이고 위 공사를 중앙행정기관으로 규정한 법률을 찾아볼 수 없으며, 예산회계법 제11조의 규정에 의하여 정부투자기관의 예산과 회계에 관한 사항을 규정한 구 정부투자기관관리기본법에 구 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 또는 같은법 시행령 제76조를 준용한다는 규정도 없으므로 위 공사는 위 법령 소정의 ‘각 중앙관서의 장’에 해당되지 아니함이 명백하고, 위 공사가 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분의 근거로 삼은 정부투자기관회계규정 제245조가 정부투자기관의 회계처리의 기준과 절차에 관한 사항을 재무부장관이 정하도록 규정한 후 정부투자기관관리기본법 제20조에 의하여 제정된 것임은 분명하나, 그 점만으로 위 규정이 구 정

24) 대법원 1999. 2. 9. 98두14822 판결, 19952. 28. 94두36 결정 등 참조.



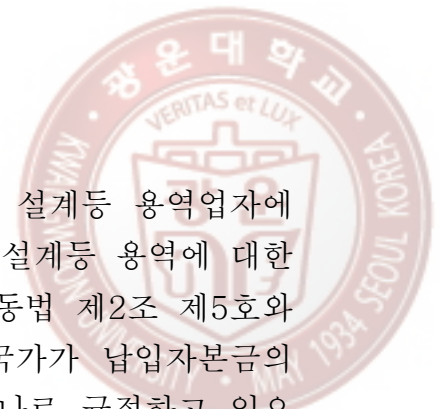
부투자기관관리기본법 제20조와 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다고 할 수도 없다 할 것이므로, 따라서 위 공사가 행정소송법 소정의 행정청 또는 그 소속기관이거나 이로부터 위 제재처분의 권한을 위임받았다고 볼 만한 아무런 법적 근거가 없다고 할 것이므로 위 공사가 정부투자기관회계규정에 의하여 행한 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라 단지 상대방을 위 공사가 시행하는 입찰에 참가시키지 않겠다는 뜻의 **사법상의 효력을 가지는 통지행위에 불과**하고, 또한 재항고인이 이와 같은 통지행위가 있다고 하여 상대방에게 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항, 지방재정법 제62조 제2항에 의한 국가 또는 지방자치단체에서 시행하는 모든 입찰에의 참가자격을 제한하는 효력이 발생한다고 볼 수도 없으므로 모든 입찰에의 참가자격을 제한하는 효력이 발생한다고 볼 수도 없으므로 상대방이 재항고인을 상대로 하여 제기한 이 사건 신청의 본안소송은 부적법하다고 할 것이다”라고 판시하여²⁵⁾ 한국전력공사의 부정당업자 제재를 행정처분으로 보고 있지 않다.

3) 기타 기관

대법원은 건설교통부 장관의 위임을 받은 발주청인 공공기관이 건설기술관리법에 따라 부과한 입찰참가자격제한에 대하여 “항고 소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상의 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계되는 행위를 말한다²⁶⁾. 그런데 건설기술관리법 제20조의 3 제1항은 건설교통부장관은 발주청으로 하여금 발주청에

25) 대법원 1999. 11. 26. 99부3 결정 집행정지, 같은 취지의 판결로 대법원 1985. 1. 22. 84누647 판결, 대법원 1985. 4. 23. 82누369 판결 등이 있다.

26) 대법원 1980. 10. 14. 78누379판결

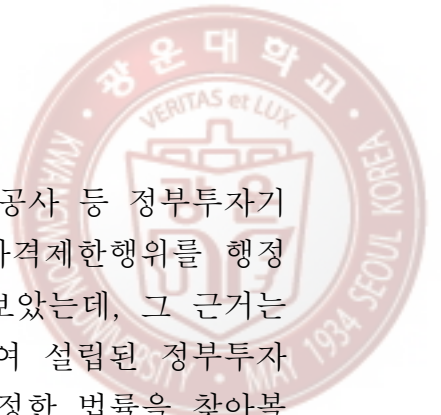


서 발주하는 설계 등 용역을 부실하게 수행한 설계등 용역업자에 대하여 1년 이내의 기간을 정하여 당해분야의 설계등 용역에 대한 입찰참가를 제한하게 할 수 있다고 규정하고, 동법 제2조 제5호와 동법 시행령 제3조의 2는 피신청인과 같이 국가가 납입자본금의 1/2이상을 출자한 기업체의 장을 발주청의 하나로 규정하고 있으며, 동법 제39조 제1항과 동법 시행령 제60조제2항 제2호는 건설교통부장관이 이와 같은 입찰참가에 관한 권한을 지방국토관리청장에게 위임하고 있는데, 이 사건 1998. 1. 19. 설계등 용역업자인 신청인들에 대한 용역부실수행을 이유로 한 입찰참가자격제한처분은 발주청인 피신청인이 법 제20조의 3 제1항에 기하여 건설교통부장관의 수입기관인 서울지방국토관리청장의 지시에 따라 신청인들에 대하여 입찰참가자격이라는 법률상 지위에 제한을 가한 처분으로서 법령에 기하여 국민의 권리·의무에 직접 변동시키는 공법상 행위라고 할 것이므로 이는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하며, 따라서 신청인들은 피신청인을 상대로 이 사건처분의 취소소송을 제기하거나 그 효력정지신청을 할 수 있다” 고 판시하여²⁷⁾ 정부계약에 있어서 일반적인 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한과 달리 설계용역업자에 대한 입찰참가자격제한을 행정처분으로 보고 있다.

4) 소결

이상에서 본 바와 같이 국가기관 및 지방자치단체의 입찰참가자격제한의 법적 성격에 대하여 행정처분으로 보는 것이 통설이고, 판례는 이미 확립되었다고 보인다. 그렇다면 공공기관의 부정당업자 제재의 법적 성격에 대하여 논란이 될 수는 있다. 그러나 위에서 언급한 헌법재판소 결정과 대법원 판결에 의하면 한국토지주택공사의 부정당제재처분에 대하여는 행정처분성을 인정하고 있는 것

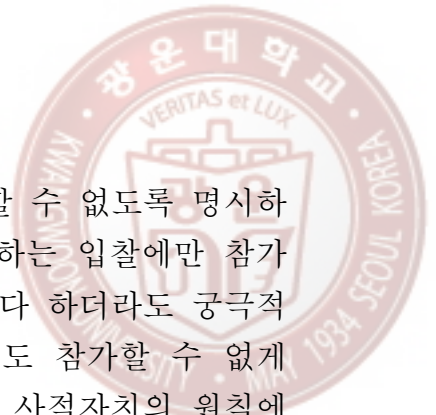
27) 대법원 1998. 12. 24. 98무10결정.



으로 보인다. 종전의 사법상 통지설은 한국전력공사 등 정부투자기관이 부정당업자에 대하여 부과하는 입찰참가자격제한행위를 행정행위로 보지 아니하고 단순한 사법상 통지로 보았는데, 그 근거는 한국전력공사는 한국전력공사법의 규정에 의하여 설립된 정부투자법인일 뿐이고 위 공사를 중앙행정기관으로 규정한 법률을 찾아볼 수 없으며, 국가계약법을 준용한 다는 규정도 없으므로 위 공사는 위 법령 소정의 ‘각 중앙관서의 장’에 해당되지 아니함이 명백하고, 위 공사가 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분의 근거로 삼은 정부투자기관회계규정 제245조가 구 정부투자기관관리기본법 제20조와 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다고 할 수도 없다는 점을 들고 있다²⁸⁾. 이러한 점에 대하여는 공공기관이 부정당업자에 대하여 입찰참가자격을 제한할 경우 공공기관운영법 제39조 제2항에서 그 법적 근거를 명시하였고, 세부적 사항에 대해서는 동조 제3항에 의하여 위임받은 재정경제부령 제586호 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제15조 제1항에 규정했을 뿐만 아니라, 위 규칙에 규정되지 아니한 사항에 대하여는 국가계약법상 부정당업자 제재규정을 그대로 적용하므로 위 법 제정이후 공기업의 입찰참가자격제한은 대외적 구속력이 있는 법적 근거가 존재한다고 보는 것이 타당하다는 견해가 있다²⁹⁾. 지금은 부정당업자 제재조치를 공기업이 하면 이를 발한 기관은 물론 관계법령에 의하여 국가기관, 지방자치단체, 다른 공공기관등까지 효력을 미치므로 제재를 받는 자는 향후 이들 기관에서 시행하는 모든 입찰에 현실적으로 참가할 수 없게 된다. 즉 법규를 형식적으로 해석할 경우 단순한 사법상 통지에 불과하다면 다른 기관을 구속하지 않는다고 보는 것이 타당하나, 불행하게도 다른 기관이 시행하는 입찰 및 계약에 관한 규정, 즉 국가계약법 및 지방계약법에서는 정부투자기관으로부터 부정당제재를 받는 경우 그 자는 국

28) 대법원 1999. 11. 26. 99부3 결정.

29) 김성근, 전계논문, 141~ 142면.



가 및 지방자치단체가 시행하는 입찰에도 참가할 수 없도록 명시하고 있으므로 가사 정부투자기관이 자신이 시행하는 입찰에만 참가시키지 않겠다는 취지로 입찰참가자격을 제한했다 하더라도 궁극적으로 국가 및 지방자치단체가 시행하는 입찰에도 참가할 수 없게 된다는 것이다. 게다가 공공기관은 사인과 달리 사적자치의 원칙에 따라 계약을 체결할 수 있는 것이 아니라, 공공기관운영법이 정한 방법과 절차에 따라 계약을 체결해야 하고, 입찰에 의한 계약에 있어서 원칙적으로 법령에서 정한 입찰요건을 충족한 사인에게는 모두 입찰참가자격을 부여할 의무가 있다 할 것이므로 입찰에 참가하려는 당사자들 역시 관련 법령에 의하여 입찰에 참가할 법률상 지위를 가지고 있다 할 것이어서 공공기관이 부정당업자에게 한 입찰참가자격제한조치는 계약자유의 원칙이 지배하는 사인간의 법률관계에서 단순히 특정한 계약체결을 거절하는 사적인 행위라고 볼 수 없고 입찰에 참가하려는 당사자에게 부여된 권리를 제한하는 공권력의 발동행위로 보는 것이 타당하다³⁰⁾. 만약 한국전력공사가 부정당제처분을 한다면 행정소송으로 권리구제를 받아야 될 것이다.

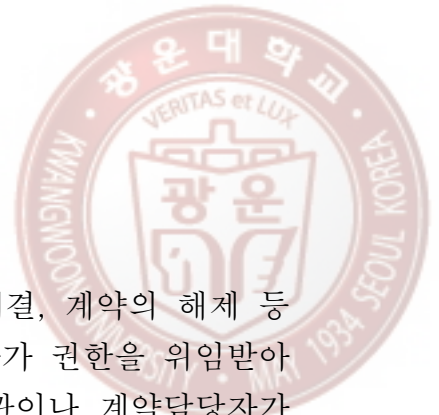
제4절 제재 주체·대상 및 시기

1. 제재의 주체

(1) 각 중앙관서의 장등

부정당업자에 대한 입찰참가자격제한을 부과하는 주체는 국가의 경우 각 중앙관서의 장, 지방자치단체의 경우 각 지방자치단체의 장, 공기업·준정부기관의 경우 각 공기업·준정부기관의 장, 지방공기업의 경우 지방공기업의 장이 된다.

30) 유현종, “행정재판실무편람 Ⅲ”, 35면.



(2) 산하기관에의 위임여부

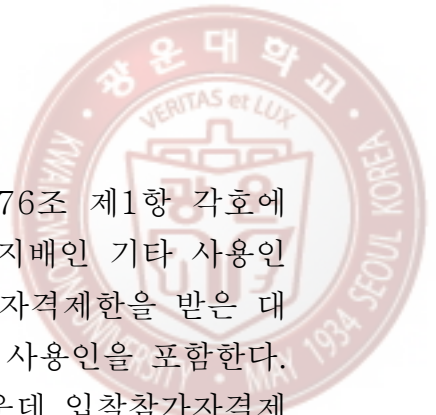
정부계약 관련 입찰의 시행이나 계약의 체결, 계약의 해제 등에 대하여 각 중앙관서의 장 이외에 계약담당자가 권한을 위임받아 법률행위를 할 수 있다는 점에 비추어 산하기관이나 계약담당자가 부정당업자 제재권한을 위임받아 행사할 수 있는지 여부가 문제된다. 이에 대하여 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한조치는 입찰참가대상자의 권한을 상당히 제한하는 것이므로 그 제한조치를 할 때 보다 신중하고 엄격하게 대처하여 부당한 피해가 발생되지 않도록 하기 위한 취지에서 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한조치는 반드시 각 중앙관서의 장이 부과해야 하고, 계약담당자가 위임받아 부과 할 수 없다고 보는 견해가 있다³¹⁾. 대법원도 “건축법 등 관계법령에 의하여 서울특별시장의 건축관계 신고를 받을 권한은 구청장에게 위임되었으므로 구청장의 위 권한을 건축신고처리방침 시달 공문에 첨부된 처리요령에 따라 동장에게 위임한 것은 법적인 근거 없이 행정편의를 위한 내부위임에 해당하는 것으로서 동장으로서 위임을 한 상급관청인 구청장의 명의로 책임하에서만 행정처분을 하여야 하고 동장이 그 명의로 담장축조신고반려처분을 한 것은 무효의 처분이며 이를 가리켜 구청장의 처분이 있다 할 수 없다”고 판시하여 행정처분의 권한이 없는 자가 한 것은 무효라고 판단하고 있다³²⁾. 기획재정부도 “부정당업자의 입찰참가자격제한조치는 해당 중앙관서의 장이 하도록 규정하고 있으며, 동 조치는 입찰참가자 또는 계약상대자의 입찰참가권리를 제한하는 것이므로 기관자체의 업무위임 등에 따라 산하기관에 위임할 수 있는 범위에 해당되지 않는다”고 유권해석하고 있다³³⁾.

2. 제재의 대상

31) 장훈기, “정부계약제도해설”, 1125면.

32) 대법원 1987. 3. 24. 86누737 판결.

33) 기획재정부 유권해석(회제 41301-1020, 2003.9.22.)



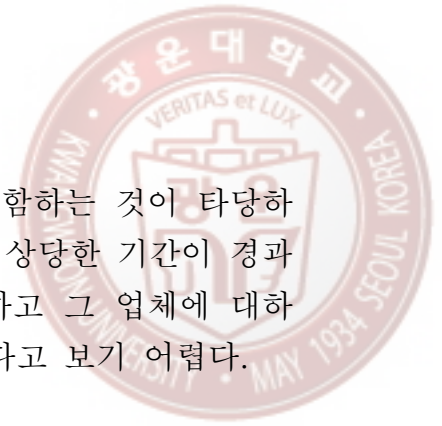
각 중앙관서의 장은 국가계약법 시행령 제76조 제1항 각호에 해당하는 계약상대자 또는 입찰자, 그 대리인, 지배인 기타 사용인에 대하여 입찰참가자격을 제한하므로 입찰참가자격제한을 받은 대상은 계약상대자, 입찰자, 그 대리인 및 지배인, 사용인을 포함한다. 그리고 공동계약의 경우 공동수급체 구성원 가운데 입찰참가자격제한을 받은 자가 법인 기타 단체인 경우에는 그 대표자에 대하여도, 중소기업협동조합인 경우에는 그 원인을 직접 야기시킨 조합원에 대하여 입찰참가자격을 제한하는데, 대표자가 수인인 경우 당해 입찰 또는 계약에 관한 업무를 관장하지 아니한 대표자에 대해서는 입찰참가자격을 제한하지 아니한다³⁴⁾. 단순히 종업원의 행위에 대하여 법인인 계약상대자에게 귀책사유여부를 묻지 않고 부정당업자 제재를 부과하는 것은 책임주의에 부합하지 않는다는 헌법재판소 결정 취지에 따라 관련법령에 책임주의를 규정하였으나 민간투자법에는 명문으로 책임주의를 규정하지 않았으나 적용된다고 보아야 할 것이다.

3. 제재의 시기

(1) 제재시기의 합리적 해석

국가계약법 시행령 제7조 제1항은 각 중앙관서의 장은 부정당행위를 한 자에 대하여 당해 사실이 있는 후 지체없이 입찰참가자격을 제한하여야 한다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 “당해 사실이 있는 후 지체없이” 라는 문언을 법률적으로 명확하게 해석하기 쉽지 않다. “당해 사실이 있다” 는 것은 부정당행위에 해당되는 행위가 이루어지고 있는 것으로 부족하고 결과의 발생을 필요로 할 경우 그 결과가 발생하는 등 부정당행위가 완료되어야 하고, 여기에 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한할 수 있는 주체,

34) 국가계약법 시행령 제76조 제4항



즉 각 해당관서의 장이 이를 인식한 것까지 포함하는 것이 타당하다³⁵⁾. 현행법상으로는 부정당행위가 종료된 후 상당한 기간이 경과했으나 해당관서가 최근에 부정당행위를 발견하고 그 업체에 대하여 부정당업자 제재를 부과했다면 이를 위법하다고 보기 어렵다.

(2) 제재시효제도의 도입

기존에는 해석론으로 신뢰보호원칙에 기한 실권의 법리에 의거하여 행정청이 제한사유를 안 다음 제한조치를 미루거나, 제한사유가 발생한 다음 행정청의 지득여부를 불문하고 일정기간이 경과함으로써 상대방으로서는 더 이상 제한조치가 없을 것으로 생각하고 특히 거액의 준비비용을 들여 새로운 입찰에 응찰할 경우 그러한 조치를 보호하기 위하여 행정청의 입찰참가자격제한 권한은 실권된 것으로 볼 수 있다는 견해가 있었다³⁶⁾. 부정당업자 제재에 대한 시효제도를 도입하지 않은 현행법하에서도 상당히 타당한 해석으로 보인다. 다만, 입법론으로 부정당행위가 종료된지 상당한 기간이 경과하거나 해당관서가 부정당행위를 인식한 이후 상당한 기간이 경과할 때 계약상대자의 예측가능성과 법적 안정성을 확보하기 위하여 부정당업자 제재를 할 수 없도록 하는 소위 제재시효제도의 도입이 필요하다고 보이는데, 특히 그 기간과 관련하여 계약담당공무원이 제재사유를 안 날로부터 1년, 제재사유가 발생한 날로부터 3년 이 경과하면 부정당업자 제재를 할 수 없다고 규정하는 것이 타당하다고 보는 견해³⁷⁾에 찬성한다.

35) 장훈기, “정부계약제도해설”, 1126쪽. 처분기관인지설이라고도 한다.

36) 박정훈, ‘부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제 문제’, 306쪽.

37) 정원, “공공조달계약법”, 357면.; 정원, “부정당업자에 대한 입찰참가자격제한의 내용과 문제점”, 478면, 박정훈, “부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제 문제”, 306면은 입찰참가자격제한 조치가 처벌적 성격을 갖는다는 점을 감안하면 입법론적으로 공소시효 또는 징계시효와 같은 제척기간을 마련하는 것이 적절하고, 일응 최장 제한기간인 2년을 제한해 볼 수 있는데, 이는 장기 5년 이상의 자격정지에 해당하는 범죄의 공소시효 및 국가공무원법상 징계시효에 상응하는 기간을 근거로 하고 있다.



4. 부정당제재처분의 절차

(1) 서

부정당제재처분은 행정소송법상 처분이므로 그 절차에 대하여 국가계약법령에서 정한 절차뿐만 아니라 행정절차법상의 침익적 처분에 관한 절차요건이 그대로 적용된다.

(2) 부정당업자 보고

계약담당공무원은 국가계약법시행령 제76조 제1항 내지 제5항에 해당된다고 인정하는 자(즉, 부정당업자)가 있을 때에는 지체 없이 그 소속중앙관서의 장에게 보고하여야 한다(국가계약법시행규칙 제77조 제1항).

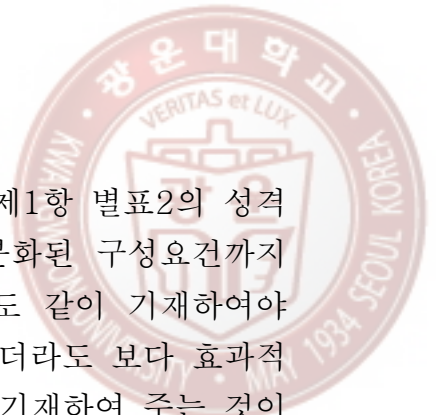
(3) 처분의 사전통지

행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 사항을 당사자 등에게 통지하여야 한다³⁸⁾.

1. 처분의 제목
2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
3. 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거
4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법
5. 의견제출기관의 명칭과 주소
6. 의견제출기한
7. 기타 필요한 사항.

특히, 부정당제재처분의 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적

38) 행정절차법 제21조.



근거를 기재할 때 국가계약법시행규칙 제76조 제1항 별표2의 성격을 법규명령으로 보면 반드시 별표2의 각 세분화된 구성요건까지 실시할 필요가 있으며, 가중, 감경하였다면 이도 같이 기재하여야 할 것이다. 한편 별표2를 법규명령으로 보지 않더라도 보다 효과적인 의견제출을 위하여 세분화된 구성요건 등을 기재하여 주는 것이 타당하다. 그렇지 않다면 행정절차법위반을 의견서에 기재할 수 밖에 없을 것이다.

(4) 의견제출 및 청문절차

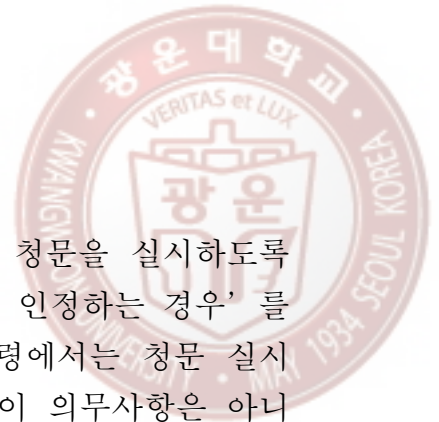
1) 의견제출

부정당제재처분은 상대방의 입찰참가권리를 제한하는 처분이므로 반드시 의견제출의 기회를 주어야 한다.(행정절차법 제22조 제3항). 그리고 사전통지에서 의견제출기한을 명시하는데, 그 기한은 의견제출에 필요한 상당한 기간을 고려하여야 한다(동법 제21조 제3항). 의견제출은 서면·구술 또는 정보통신망을 이용하여 의견제출을 할 수 있으며, 그 주장을 입증하기 위한 증거자료 등을 첨부할 수 있다(행정절차법 제27조 제1항, 제2항).

행정청은 당사자등이 구술로 의견제출을 한 때에는 서면으로 그 진술의 요지와 진술자를 기록하여야 하며, 당사자 등이 정당한 이유 없이 의견제출기한내에 의견제출을 하지 아니한 경우에는 의견이 없는 것으로 본다(행정절차법 제27조 제3항, 제4항).

행정청은 처분을 함에 있어 당사자 등이 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영하도록 정하고 있다(행정절차법 제27조의2).

2) 청문



행정절차법 제22조는 ‘다른 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우’와 ‘행정청이 필요하다고 인정하는 경우’를 청문실시의 대상으로 정하고 있다. 국가계약법령에서는 청문 실시를 규정하고 있지 않으므로 원칙적으로는 청문이 의무사항은 아니다. 그렇다면 청문실시 의무는 전혀 없는 것인가가 문제된다. 이에 대하여 행정절차법에서는 ‘행정청이 필요하다고 인정하는 경우’라고 정하여 행정청의 재량사항으로 정하고 있지만 상대방이 의견제출에서 위반행위 사실 자체를 다투고 진지한 의심을 불러 일으킬 반증을 제시하는 경우에는 그 재량이 영으로 축소되어 반드시 실시할 의무가 발생한다고 보는 견해³⁹⁾가 있다. 이 견해에 찬성하기로 한다.

3) 의견제출의 포기

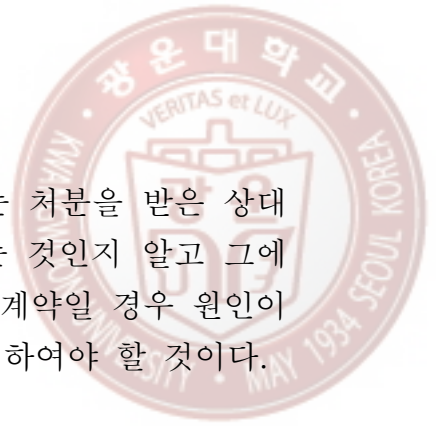
당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 아니할 수 있다(행정절차법 제22조 제4항). 하루라도 빨리 부정당제재처분을 받고 그 효력을 소멸시키려는 업체도 있으므로 의견제출 포기의사를 명백히 한 경우는 공연히 의견제출의 기한을 소요하지 말고 바로 제재처분을 하여야 할 것이다.

(5) 부정당제재처분

1) 처분의 이유제시

행정청은 처분을 하는 때에는 원칙적으로 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다(행정절차법 제23조). 특히, 이는 처분의 사전통지와 결합하여 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적

39) 이명의, 전계서, 133면 참조, 박정훈 전계서, 306쪽.



근거의 제시범위가 어디까지인가 문제된다. 이는 처분을 받은 상대방이 자신의 어떠한 행위에 기하여 제재를 받는 것인지 알고 그에 대해 다룰 수 있는 기회를 주는 것이므로 여러 계약일 경우 원인이 되는 계약을 특정하고, 원인이 되는 행위를 실시하여야 할 것이다.

2) 처분의 방식

행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자 등의 동의가 있어야 한다.

3) 처분의 고지 및 정정

행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 기타 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간 기타 필요한 사항을 알려주어야 한다(행정절차법 제26조).

(6) 처분의 송달

1) 우편송달 등

처분의 송달은 우편·교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법에 의하되 송달받을 자(대표자 또는 대리인을 포함한다)의 주소·거소·영업소·사무소 또는 전자우편주소로 한다. 다만, 송달받을 자가 동의하는 경우에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있다. 교부에 의한 송달은 수령확인서를 받고 문서를 교부함으로써 행하며, 송달하는 장소에서 송달받을 자를 만나지 못한 때에는 그 사무원·피용자



또는 동거자로서 사리를 분별할 능력이 있는 자에게 이를 교부할 수 있다.

2) 관보 게재 등

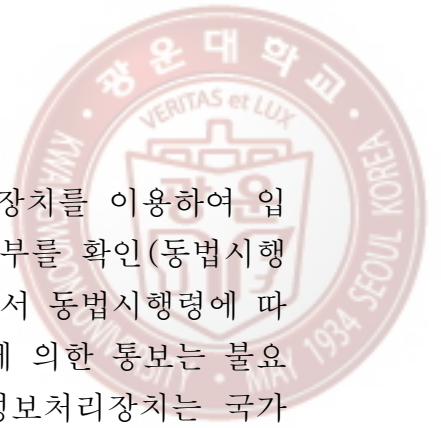
송달받을 자의 주소 등을 통상의 방법으로 확인할 수 없는 경우, 송달이 불가능한 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보·공보·게시판·일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.

3) 송달의 효력발생

송달은 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생하고, 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달된 것으로 보며, 관보 등에 게재된 경우는 달리 정한 경우가 아니라면 공고일부터 14일이 경과한 때에 그 효력이 발생한다(행정절차법 제15조). 그런데 통상 부정당제 처분은 처분이 도달되는 것과는 별도로 “07. 5. 1. - 07. 5. 31.” 과 같이 효력기간을 정하여 처분을 하고 있다. 따라서 송달의 효력발생과 별도로 처분의 효력발생은 처분에서 정한 개시일이다.

(7) 타 중앙관서에 통보 및 지정정보처리 장치에 게재

국가계약법 제27조 후단은 ‘부정당제처분을 한 중앙관서의 장은 즉시 다른 중앙관서의 장에 통보하여야 하며, 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 해당자의 입찰참가자격을 제한하여야 한다’고 정하고 있는데, 동법시행령 제76조 제6항은 법과 달리 지정정보처리장치에 게재하는 것만을 정하고 있다. 동법시행령 제76조등을



근거로 하여 각 중앙관서의 장은 지정정보처리장치를 이용하여 입찰참가자의 입찰참가자격이 제한되고 있는지 여부를 확인(동법시행규칙 제77조 제4항)하도록 개정한 것이다. 따라서 동법시행령에 따라 지정정보처리장치에 게재를 하면 되고 서면에 의한 통보는 불요하다고 볼 것이다. 재정부장관이 정하는 지정정보처리장치는 국가종합전자조달시스템(www.g2b.go.kr)이고, 그 관리·운영자는 조달청장이 된다.

(8) 절차위반의 효과

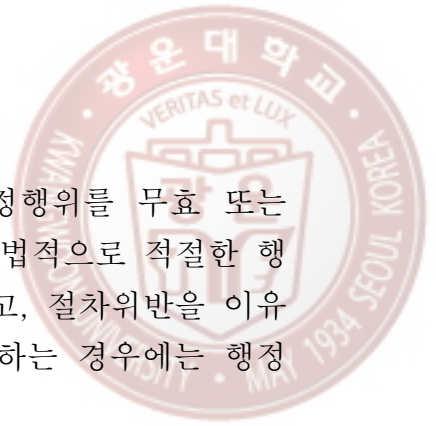
1) 문제점

입법례에 따라서는 절차상의 하자의 효과에 관한 일반적인 규정을 두는 경우가 있다⁴⁰⁾. 하지만 우리는 이러한 일반적인 규정이 없다. 따라서 소정의 절차적 요건을 위반한 부정당제재처분 즉, 재량권이 영으로 수축한 경우의 청문절차, 이유제시절차 등을 거치지 않은 경우 행정절차 하자만을 독립한 위법사유로 보아 당해 부정당제재처분을 무효 또는 취소할 수 있는가 문제된다. 이는 ‘절차상 하자 있는 행정행위의 효력’의 문제로서 당해 부정당제재처분이 취소되어도 법에서 기속행위로 정하고 있기 때문에 결국은 실체적으로 동일한 처분을 다시 할 수 밖에 없어서 문제되는 것인데, 이러한 일반론으로서의 문제제기가 과연 부정당제재처분에서도 그래도 적용될 수 있는 것인지 살펴본다.

2) 견해의 대립

(가) 소극설

40) 독일 행정절차법 제46조



행정절차상의 하자만을 이유로 당해 행정행위를 무효 또는 취소할 수 없다는 입장⁴¹⁾이다. 절차규정은 실체법적으로 적절한 행정결정을 하기 위한 수단인 점에 그 본질이 있고, 절차위반을 이유로 다시 처분을 하더라도 전과 동일한 처분을 하는 경우에는 행정경제 및 소송경제에 반한다는 것이다.

(나) 적극설

행정절차상의 하자 있는 행정행위는 그 자체만으로 원칙적으로 무효로 보아야 한다는 견해 또는 원칙적으로 취소사유에 해당한다고 보는 견해⁴²⁾이다. 또는 원칙적으로 취소사유에 해당한다고 보는 견해이다. 적정한 결정은 적정한 절차가 전제되어야 하고, 다시 처분을 하더라도 반드시 동일한 결론에 도달한다는 보장은 없으며, 절차적 요건의 중요성을 살려야 한다는 점을 강조한다.

(다) 판례

대법원은 이유제시의 경우 행정절차법시행 이전부터 이를 결한 행정처분은 독립된 취소의 대상이 된다고 하여 이유제시를 결한 기속행위인 과세처분을 위법하다고 판시하였고⁴³⁾, 청문이 명문의 규정이 있는 경우 독립된 위법사유로 판시하고 있다⁴⁴⁾.

4) 검토

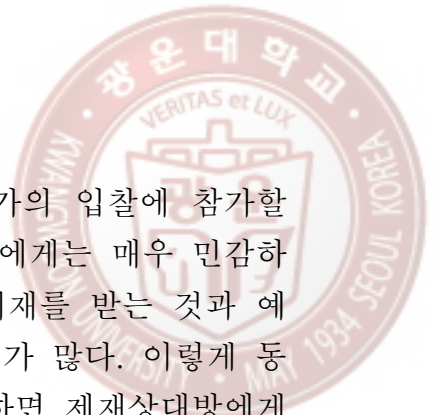
법치주의 하에서는 내용뿐만 아니라 절차 및 형식까지 적법할

41) 김남진, 행정절차상의 하자과 효과, 고시연구(1997. 2.), 180면, 김동희 절차상 하자있는 행정행위의 효력, 서울대학교 법학 제37권 제2호, 서울대학교출판부(1996).

42) 최송화, 절차상 흠있는 행정행위의 법적 효과, 고시계(1995. 3.), 37쪽 이하

43) 대법원 1996. 10. 28. 선고 85누723 판결.

44) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2002두8350 판결.



것을 요구한다. 부정당제재처분은 일정기간 국가의 입찰에 참가할 수 없도록 하는 제도인데, 그 시기가 각 업체들에게는 매우 민감하다. 만일 아직 예산이 집행되기 전인 연초에 제재를 받는 것과 예산집행이 활발한 시기에 제재를 받는 것은 차이가 많다. 이렇게 동일한 제재처분이라 하더라도 시간 개념과 결합하면 제재상대방에게 그 효과는 매우 달라지는 것이다. 따라서 설령 동일한 제재처분을 받더라도 제재대상자는 위법한 행정절차를 독립한 위법사유로 취소 요구할 수 있고, 이것이 받아들여진다면 직권취소든 쟁송취소든 새로운 처분을 받을 때까지 구제되는 효과가 있으므로 단순한 절차의 반복으로서 절대로 무의미한 것이 아니라고 하면서 독립한 위법사유로 보는 것이 타당하다는 견해⁴⁵⁾에 찬성하기로 한다.

제5절 제재사유와 제재기간

1. 제재사유 열거의 성격

국가계약법 제27조 및 동법시행령 제76조의 각호는 예시적 성격이 아닌 제한적 열거사항으로 보는데 이견이 없다⁴⁶⁾. 확장해석이나 유추해석도 허용되지 않는다. 다만, 판례는 단지 ‘서류의 위조·변조’ 만 규정되었던 조항에 대해 입법취지를 고려하여 무형위조도 포함된다고 해석하는 것은 유추해석이나 확장해석이 아니라고 판시하였다⁴⁷⁾.

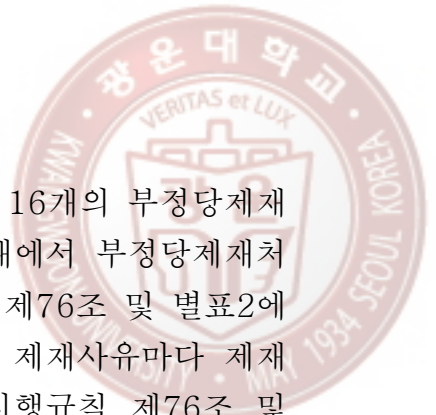
2. 국가계약법시행규칙 제76조 및 별표2의 법적 성격

(1) 문제의 제기

45) 이명익, 전거서, 142면

46) 장훈기, 전거서, 1130면 이하, 정원 앞의 논문, 459면 이하

47) 대법원 2000.10. 13. 선고 99두3201 판결.



국가계약법시행령 제76조 제1항에서는 총 16개의 부정당체제 사유를 열거하면서 1월 이상 2년 이하의 범위내에서 부정당체제처분을 하도록 정하고 있다. 그런데 동법시행규칙 제76조 및 별표2에서 다시 체제사유를 구체화시키고 구체화된 각 체제사유마다 체제기간을 정하고 있다. 이러한 경우 국가계약법시행규칙 제76조 및 별표의 법적 성격이 무엇인지 문제된다.

(2) 학설

일반적으로 법규명령이 행정기관 내부의 사무처리규칙이더라도 법규의 형식으로 규정된 이상 일반국민을 구속하게 된다고 보는 견해가 있다⁴⁸⁾.

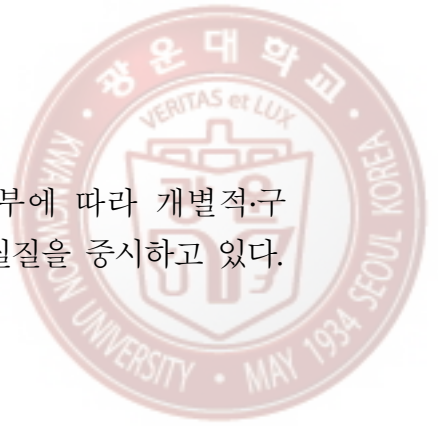
반면 명백히 행정사무처리준칙으로서 행정기관 내부에서만 효력을 갖는 것일 때는 그 실질을 중시하여 행정규칙으로 보아야 한다는 견해⁴⁹⁾가 있다.

(3) 판례

대법원은 “규정형식상 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙으로 정한 행정처분의 기준은 행정처분 등에 관한 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하므로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없고, 그 처분이 위 규칙에 위배되는 것이라 하더라도 위법의 문제는 생기지 아니하고, 또 위 규칙에 위배되는 것이라 하더라도 위법의 문제는 생기지 아니하고, 또 위 규칙에서 정한 기준에 적합하다하여 바로 그 처분이 적법한 것이라고 할 수 없으며, 그 처분의 적법여부는 위 규칙에 적합한지의 여부에 따라 판단할 것이 아니고 관

48) 김성수, 김도창, 박윤훈

49) 유지태, 석종현, 한건우



계 법령의 규정 및 그 취지에 적합한 것인지 여부에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 한다.” 라고 판시하여⁵⁰⁾ 실질을 중시하고 있다.

(4) 검토

행정기관 내부에서 공무원들이 행정권 발동을 일관성 있게 하기 위한 내부처리기준의 의미가 있다 하더라도 그 내용이 국민의 권리의무와 관련 있는 사항이고, 법규명령의 형식으로 상당기간 계속되어 국민들도 법적 예견성이 있는 경우까지 행정규칙으로 보는 것은 타당하지 않다.

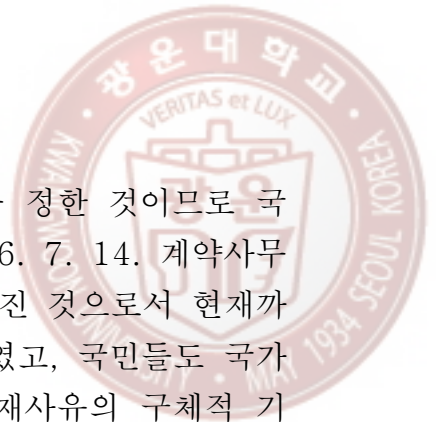
첫째, 대통령령과 부령은 모두 헌법 제75조와 제95조에서 정하고 있는 위임명령이고, 다만 대통령령은 그 제정절차에 있어서 국무회의 심의를 거친다는 점에서 차이가 있을 뿐인데 이 점을 가지고 그 법적 효력을 달리 볼만한 근거로 삼기는 부족하다. 따라서 대통령령 형식의 제재적 처분기준을 법규명령으로 본다면 부령으로 정한 처분기준도 법규명령으로 보는 것이 논리적 일관성이 있다.

둘째, 제재적 처분기준은 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이기 때문에 이를 단순히 행정청 내부의 사무처리 기준에 불과하다고 볼 수는 없으며, 행정절차법 제20조는 처분기준을 구체적으로 정하여 공표하도록 의무화하고 있으므로 법규명령 형식의 처분기준은 행정절차법을 통해 법규화되었다고 볼 수 있고, 관계 공무원들에게는 당해 법규명령을 준수하지 않을 수 없는 기속력이 있으면 더욱 그러하다고 한다⁵¹⁾. 이 견해에 동조하도록 한다.

따라서 국가계약법시행규칙 제76조 및 별표2는 부정당제재사

50) 대법원 1995. 10. 17. 선고 94누14148 판결.

51) 이명의, 전거서, 79면 참조

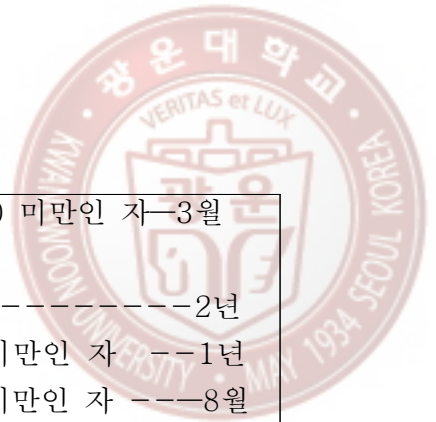


유의 구체적 기준과 제재기간, 가중 감경규정을 정한 것이므로 국민의 권리제한과 관련된 중요한 내용이며, 1986. 7. 14. 계약사무처리규칙(재무부령)이 개정될 때 별표에서 정해진 것으로서 현재까지 약 20년 이상을 법규명령 형식으로 존재하였고, 국민들도 국가계약법시행규칙 제76조 및 별표2를 통하여 제재사유의 구체적 기준과 기간을 예견할 수 있으므로 국가계약법시행규칙 제76조 및 별표2는 법규명령으로 보는 것이 타당하다.

3. 제재사유

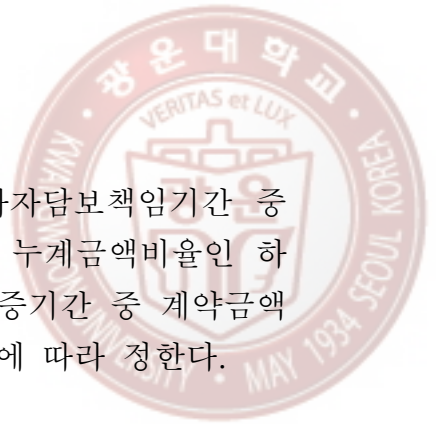
- (1) 계약을 이행함에 있어서 부실·조잡 또는 부당하게 하거나 부정행위를 한 자(제1호)

<p>영 제76조제1항제1호에 해당하는 자 중 부실시공 또는 부실설계·감리를 한 자</p> <ul style="list-style-type: none"> 가. 부실별점이 150점 이상인 자 -----2년 나. 부실별점이 100점 이상 150점 미만인 자 --1년 다. 부실별점이 75점 이상 100점 미만인 자 ---8월 라. 부실별점이 50점 이상 75점 미만인 자 ---6월 마. 부실별점이 35점 이상 50점 미만인 자----4월 바. 부실별점이 20점 이상 35점 미만인 자----2월 <p>영 제76조제1항제1호에 해당하는 자 중 계약의 이행을 조잡하게 한 자</p> <ul style="list-style-type: none"> 가. 공사 <ul style="list-style-type: none"> (1) 하자비율이 100분의 500 이상인 자 -----2년 (2) 하자비율이 100분의 300 이상 100분의 500 미만인 자--1년 (3) 하자비율이 100분의 200 이상 100분의 300 미만인 자 --8월
--



(4) 하자비율이 100분의 100 이상 100분의 200 미만인 자	3월
나. 물품	
(1) 보수비율이 100분의 25 이상인 자	2년
(2) 보수비율이 100분의 15 이상 100분의 25 미만인 자	1년
(3) 보수비율이 100분의 10 이상 100분의 15 미만인 자	8월
(4) 보수비율이 100분의 6 이상 100분의 10 미만인 자	3월
영 제76조제1항제1호에 해당하는 자 중 계약 이행을 부당하게 하거나	
계약을 이행할 때에 부정한 행위를 한 자	
가. 설계서(물품제조의 경우에는 규격서를 말한다. 이하	
같다)와 달리 구조물 내구성 연한의 단축, 안전도의 위해를 가져오는 등	
부당한 시공(물품의 경우에는 제조를 말한다. 이하같다)	1년
나. 설계상의 기준규격보다 낮은 다른 자재를 쓰는 등 부정한 시공을 한 자	
-----	6월
다. 가목의 부당한 시공과 나목의 부정한 시공에 대하여 각각	3월
감리업무를 성실하게 수행하지 아니한 자	
[비고] 1. 부실벌점이라 함은 건설기술관리법 제21조의4에 따른 부실벌	
점을 말한다.	
2. 하자비율이라 함은 하자담보책임기간 중 하자검사결과 하자보수보	
증금에 대한 하자발생 누계금액비율을 말한다.	
3. 위 표에서 보수비율이라 함은 물품보증기간 중 계약금액에 대	
한 보수비용발생 누계금액비율을 말한다.	

위와 같이, 공공계약에서의 채무불이행 중 불완전 이행을 제재 사유로 한 것인데, 불완전 이행 모습을 부실, 조잡, 부당, 부정으로 나누어 정하고 있다. ‘부실’은 공사계약, 설계용역계약, 감리용역 계약으로 한정하고 있으므로 물품계약은 부실에 해당할 여지가 없고, 조잡이나 부당, 부정의 사유에만 해당되게 된다. 부실은 ‘건설 기술관리법’ 제21조의4⁵²⁾에 따른 부실벌점을 기준으로 제재기간



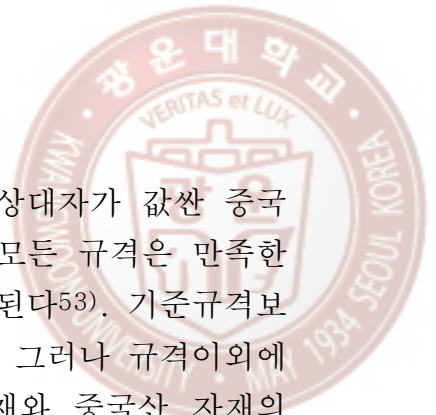
이 산정되고 있다. 조잡은 공사계약의 경우 하자담보책임기간 중 하자검사결과 하자보수보증금에 대한 하자발생 누계금액비율인 하자비율에 따라 정하고, 물품계약의 경우 물품보증기간 중 계약금액에 대한 보수비용발생 누계금액비율인 보수비율에 따라 정한다.

물품의 단가만을 정하고 체결하는 단가계약의 경우 보수비율산정을 위한 계약금액이 무엇인지 문제된다. 계약서에 기재된 계약금액으로 보아야 한다는 견해가 있을 수 있으나 계약체결시 계약금액이 확정되는 것이 아니고 계약서에 기재된 금액은 계약예정수량에 따른 금액일 뿐이므로 계약종결 후 산정된 총 합계금액이 계약금액이라고 보아야 할 것이다.

부당은 설계서상의 기준규격보다 낮은 다른 자재를 쓰는 등 부정합 시공이나 제조를 하는 것을 의미한다. 계약의 규격서에 국산

52) 제21조의4(건설공사 등의 부실측정) ① 국토교통부장관, 발주청[「사회기반시설에 대한 민간투자법」에 따른 민간투자사업인 경우에는같은 법 제2조제4호에 따른 주무관청(主務官廳)을 말한다. 이하 이 조에서 같다]과 건설공사의 허가·인가·승인 등을 한 행정기관의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 설계 등 용역, 「건축사법」 제2조제3호에 따른 설계, 같은 조 제4호에 따른 공사감리, 건설공사의 감리 또는 건설공사를 성실하게 수행하지 아니함으로써 부실공사가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우 및 타당성을 조사할 때 수요예측을 고의 또는 과실로 부실하게 하여 발주청에 손해를 끼친 경우에는 부실의 정도를 측정하여 별점을 주어야 한다. [개정 2011.9.16, 2013.3.23 제11690호(정부조직법)]

1. 건설업자
 2. 주택건설등록업자
 3. 설계 등 용역업자(「건축사법」 제23조제2항에 따른 건축사사무소개설자를 포함한다)
 4. 감리전문회사(「건축사법」 제23조제2항에 따른 건축사사무소개설자를 포함한다)
 5. 제1호부터 제4호까지의 규정 중 어느 하나에 해당하는 자에게 고용된 건설기술자·감리원 또는 건축사
- ② 발주청은 제1항에 따라 별점을 받은 자에게는 그 별점에 따라 입찰 시 불이익을 주어야 한다. [개정 2011.9.16] [[시행일 2012.3.17]]
- ③ 제1항에 따라 발주청과 건설공사의 허가·인가·승인 등을 한 행정기관의 장은 별점을 준 경우 그 내용을 국토교통부장관에게 통보하여야 하며, 국토교통부장관은 그 별점을 종합 관리하고, 제1항제1호부터 제4호까지의 자에 대한 별점을 공개하여야 한다. [개정 2011.9.16, 2013.3.23 제11690호(정부조직법)]
- ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 부실 정도의 측정기준, 불이익 내용, 별점의 공개 대상·방법·시기·절차 및 관리 등에 필요한 사항은 국토교통부령으로 정한다. 본고에서도 부실별점에 부과에 따른 입찰참가시의 불이익의 효과를 감안하여 논의하기로 한다.



자재를 사용하여 시공하도록 되어 있는데 계약상대자가 값싼 중국산 자재를 사용하면서 강도나 밀도 등의 다른 모든 규격은 만족한 경우에 부정한 시공으로 볼 수 있는지가 문제 된다⁵³⁾. 기준규격보다 낮은 다른 자재를 쓴 것은 아니기 때문이다. 그러나 규격이외에 자재의 원산지가 계약의 내용이고, 국내산 자재와 중국산 자재의 가격차이가 현저함에도 예정가격을 국내산 자재를 기준으로 작성하였고, 기준규격보다 낮은 자재사용만의 구성요건이 아니고 그와 동일하게 볼 수 있는 사유를 포섭하기 위해 “등”이라는 요건이 있으므로 부정당제재처분의 입법목적에 맞게 해석하여 규격에는 부합하더라도 값싼 중국산 석재를 사용하는 것은 부정한 시공을 한 자로 제재대상이 된다고 할 것이다. ⁵⁴⁾

- (2) ‘건설산업기본법’·‘전기공사업법’·‘정보통신공사업법’ 기타 다른 법령에 의한 하도급의 제한규정에 위반(하도급통지의 무위반의 경우를 제외한다)하여 하도급한 자 및 발주관서의 승인없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급 조건을 변경한 자(제2호)

영 제76조제1항제2호에 해당하는 자
 가. 전부 또는 주요부분의 대부분을 1명에게 하도급한 자 --1년
 나. 전부 또는 주요부분의 대부분을 2명 이상에게 하도급한 자--8개월
 다. 건설업미등록자에게 하도급한 자 -----8개월

53) 이명익, 전계서 94면 참조

54) 법률신문, 2007. 3. 17. 기사 ‘계약과 다른 자재시공은 하자에 해당’ - 광주지방법원 2007. 2. 2. 선고 2006가합1666 판결【손해배상(기)】는 “광주광역시 지하철건설본부가 ‘계약과 달리 시공사가 지하철 공사에 중국산 석재를 사용했다’며 s건설을 상대로 낸 손해배상청구소송에서 중국산 석재가 압축강도나 흡수율 등에서 국내산 석재와 별다른 차이가 없다고 해도 피고가 원고와의 계약을 어기고 중국산 석재를 사용한 것은 하자에 해당된다. 국내산 원석이 고갈돼 민간공사에서 가격이 저렴한 중국산 석재를 사용함에도 원고가 가격이 비싼 국내산 대리석을 사용토록 한 이유는 지하철 공사가 시민의 편의와 복지증진을 위한 공공사업으로서의 성격을 가지고 있기 때문이며, 중국산 대리석은 전체적으로 회색을 띠면서 어둡고 변색될 가능성이 높은 반면 국내산 대리석은 희고 밝은 색상을 띠고 있는데 미관상의 하자도 중요치 않다고 단정할 수 없다”라고 판시.



- 라. 발주기관의 승인 없이 하도급한 자 -----6개월
- 마. 재하도급금지 규정에 위반하여 하도급한 자-----4개월
- 바. 하도급조건을 하도급자에게 불리하게 변경한 자-----4개월

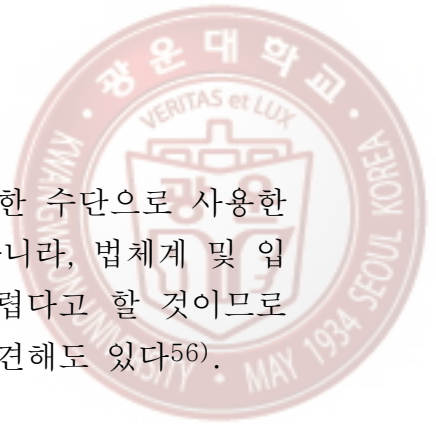
‘건설기술관리법’ 제29조, 전기공사업법 제14조, 정보통신공사업법 제31조 등 하도급의 제한 법령을 위반하여 한 자에 대한 제재이다. 이 때 하도급통지의무 위반의 경우는 제외된다. 바.항은 하도급조건을 하수급인에게 불리하게 변경한 자를 의미한다고 판단된다.

- (3) ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 또는 ‘하도급거래공정화에 관한 법률’의 규정에 위반하여 공정거래위원회로부터 입찰참가자격제한 요청이 있는 자(제3호)

- 영 제76조 제1항 제3호에 따라 공정거래위원회로부터 입찰참가자격 제한요청이 있는 자
 - 가. 이 제한기준에서 정한 사유로 입찰참가자격제한요청이 있는 자 ----- 해당 각호의 기준에 의함
 - 나. 이 제한기준에 해당하는 사항이 없는 경우로서 입찰참가자격제한 요청이 있는 자 -----3월

근래에는 감사원, 수사기관등이 부정당제재처분의뢰로 명확하게 통보하는 경우가 많아졌으나 공정거래위원회는 태도를 명확히 하지 않고 단순히 통보만 하는 경우가 대부분이었다. 이에 대하여 본 호와 관련하여 불공정한 하도급 사례가 발견되면 공정거래위원장은 적극적으로 부정당제재처분을 요청해야 한다는 견해가 있다⁵⁵⁾. 이에 반하여 다른 행정기관의 요청을 받은 때 입찰참가자격을 제한하

55) 이명익, 전계서 91면 참조



도록 한 것은 다른 기관의 행정목적 달성을 위한 수단으로 사용한다는 점에서 정부계약의 독자성에 반할 뿐만 아니라, 법체계 및 입법목적에 비추어 보아도 적절하다고 보기도 어렵다고 할 것이므로 향후 개정 과정에서 삭제하는 것이 타당하다는 견해도 있다⁵⁶⁾.

(4) 조사설계용역계약 또는 원가계산용역계약에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 조사설계금액이나 원가계산금액을 적정하게 산정하지 아니한 자(제4호). ‘건설기술관리법’ 제2조에 따른 타당성조사용역계약에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 수요예측 등 타당성조사를 부실하게 수행하여 발주기관에 손해를 끼친 자(제4호의2).

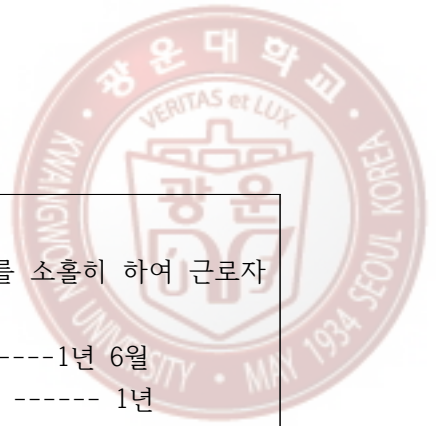
영 제76조 제1항 제4호 또는 제4호의2에 해당하는 자	
가. 고의에 의한 경우	----- 6월
나. 중대한 과실에 의한 경우	----- 3월

제4호의2는 발주기관에 손해가 발생하였음을 요건으로 하고 있는 것이 특징이고 예산낭비의 방지를 위하여 규정한 것이다.

(5) 계약의 이행에 있어서 안전대책을 소홀히 하여 공중에게 위해를 가한 자 또는 사업장에서 ‘산업안전보건법’에 의한 안전·보건 조치를 소홀히 하여 근로자 등에게 사망 등 중대한 위해를 가한 자(제5호)

영 제76조 제1항 제5호에 해당하는 자	
가. 안전대책을 소홀히 하여 사업자 근로자 외의 공중에게 생명·신체상의 위해를 가한 자	-----1년
나. 안전대책을 소홀히 하여 사업장 외의 공중에게 재산상의	----- 6월

56) 김성근, 전거서, 석사논문, 76면 참조



위해를 가한 자
 다. 사업장에서 ‘산업안전보건법’에 따른 안전·보건조치를 소홀히 하여 근로자가 사망하는 재해를 발생시킨 자
 (1) 동시에 사망한 근로자수가 10인 이상인 자 -----1년 6월
 (2) 동시에 사망한 근로자수가 6인 이상 10인 미만인 자 ----- 1년
 (3) 동시에 사망한 근로자수가 2인 이상 6인 미만인 자 -----6월

(6) 정당한 이유없이 계약을 체결 또는 이행(제19조의 규정에 의한 부대입찰에 관한 사항과 제72조 및 제72조의2의 규정에 의한 공동계약에 관한 사항의 이행을 포함한다)하지 아니한 자(제6호)

영 제76조 제1항 제6호에 해당하는 자
 가. 계약을 체결 또는 이행(하자보수의무의 이행을 포함 ----- 6월 한다)하지 아니한 자
 나. 공사계약의 연대보증인으로서 보증이행-----3월 (하자보수의무의 이행을 포함한다)을 요구받고도 이에 불응한 자
 다. 공동계약에서 정한 구성원간의 출자비율 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자
 (1) 시공에 참여하지 아니한 자 ----- 3월
 (2) 시공에 참여하였으나 출자비율 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자-1월
 라. 영 제52조제1항 단서에 따라 공사이행보증서를 제출하여야 ----- 1월 하는 자로서 동 공사이행보증서 제출의무를 이행하지 아니한 자

가. 정당한 이유없이 계약을 체결하지 아니한 자
 총공사금액을 정하면서 매회 새로운 차수계약을 체결하는 장기 계속공사에서 다음 차수의 계약을 체결하지 않는 경우도 적용된다⁵⁷⁾.

57) 재경부 유권해석(회제 45107-430, 93.5.17) 예산회계법시행령 제71조 및 제74조(현행 국가계약법시행령 제69조 및 제72조)의 규정에 의거 장기계소계약을 공동계약으로 체결한 경우 계약상대자는 동법시행령 제71조제2항(현행 국가계약법시행령 제69조제2항)의



나. 정당한 이유없이 계약을 이행하지 아니한 자
 다. 공사계약의 연대보증인으로서 보증이행(하자보수의무의 이행을 포함한다)을 요구받고도 이에 불응한 자

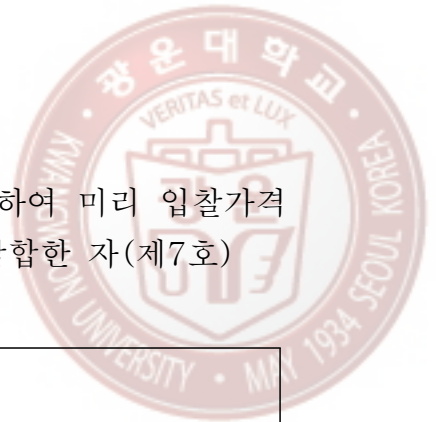
공사계약의 경우 판례는⁵⁸⁾ ‘원고가 이 사건 제1공사를 약정 준공기일보다 1개월 지연한 1989. 10. 11.에, 이 사건 제2공사를 약정준공기일보다 17일 지연한 같은해 8. 28.에 각 준공하였다는 것이므로 이는 위 구예산회계법시행령 제89조 제1항 제6호 소정의 “정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니한 때” 에 해당하므로 이를 들어 원고의 입찰자격을 제한한 피고의 이 사건 처분을 지지하고 원고 주장을 배척한 원심조치는 정당하고 연대보증인이 잔여공사를 마무리 지었다거나 원고회사가 그 지체배상금을 지급하였다 하여 결론이 달라질 수 없는 것 “이라고 판시하여, 계약상대자가 이행을 못하여 연대보증인에게 공사이행을 지시하였는데 연대보증인이 공사를 완성한 경우에도 계약상대자는 부정당체제처분대상이라고 한다.

라. 공동계약에서 정한 구성원간의 출자비율 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자

마. 공사이행보증서를 제출하여야 하는 자로서 동 공사이행보증서 제출의무를 이행하지 아니한 자

규정에 따라 제2차이후의 계약을 체결하여야 하는 바, 공동수급체 구성원 중 일부가 정당한 이유없이 동 계약을 체결하지 아니한 자가 있을 때에는 동법시행령 제130조제1항 제7호(현행 국가계약법시행령 제76조 제1항 제6호) 및 회계예규 “공동도급계약운용요령” 제7조제2항의 규정에 의하여 동 계약체결에 응하지 아니한 자에 대해서만 입찰참가자격을 제한하는 것인 바, 이 경우 정당한 이유가 있는지의 여부는 계약담당공무원이 계약체결에 응하지 아니한 구체적인 사유와 당해계약 및 공동협정서 내용 등을 검토하여 결정하는 것임.

58) 대법원 1991. 11. 22. 선고 91누551 판결.



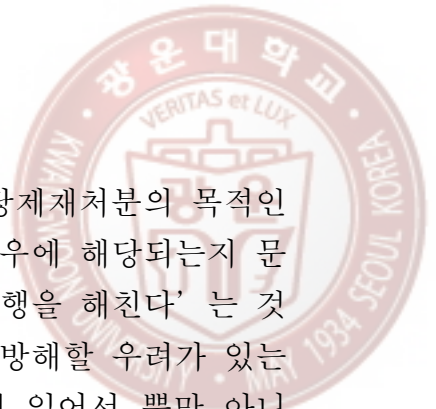
(7) 경쟁입찰에 있어서 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하였거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자(제7호)

영 제76조 제1항 제7호에 해당하는 자	
가. 담합을 주도하여 낙찰을 받은 자 -----	2년
나. 담합을 주도한 자 -----	1년
다. 입찰자 간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자	--6월

담합에 대해 판례⁵⁹⁾는 “입찰무효의 사유로 규정한 담합이라 함은, 입찰자가 입찰을 함에 즈음하여 실질적으로는 단독입찰인 것을 그로 인한 유찰을 방지하기 위하여 경쟁자가 있는 것처럼 제3자를 시켜 형식상 입찰을 하게 하는 소위 들러리를 세운다거나 입찰자들끼리 특정한 입찰자로 하여금 낙찰 받게 하거나 당해 입찰에 있어서 입찰자들 상호 간에 가격경쟁을 하는 경우 당연히 예상되는 적정한 가격을 저지하고 특정입찰자에게 부당한 이익을 주고 입찰 실시자에게 그 상당의 손해를 입히는 결과를 가져올 정도로 짝 값으로 낙찰되도록 하기 위한 사전협정으로서 그 어느 경우이건 최저가입찰자가 된 입찰자에게 책임을 돌릴 수 있는 경우를 말하고, 단지 기업이윤을 고려한 적정선에서 무모한 출혈경쟁을 방지하기 위하여 일반거래 통념상 인정되는 범위 내에서 입찰자 상호 간에 의사 타진과 절충을 한 것에 불과한 경우는 위의 담합에 포함되지 않는다.”

입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정한 자는 입찰참가자격제한을 6월로 정하고 있다. 국가계약입찰이 전자입찰인 경우 가격만으로 낙찰자를 결정하지 않으며 입찰자들 중 일부만이 사전

59) 대법원 1982. 11. 9. 선고 81다537 판결



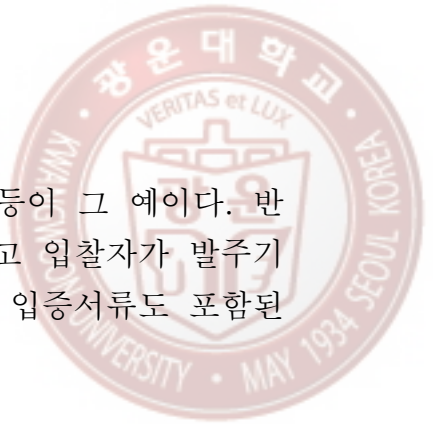
협정을 하는데 이러한 일부의 가격협정이 부정당제처처분의 목적인 ‘경쟁의 공정한 집행’을 해칠 염려가 있는 경우에 해당되는지 문제된다. 이에 대해 법원은⁶⁰⁾ ‘경쟁의 공정한 집행을 해친다’는 것은 적정한 가격을 형성하는 공정한 자유경쟁을 방해할 우려가 있는 상태를 발생시키는 것으로서 가격을 결정하는데 있어서 뿐만 아니라 입찰 참여업체들 사이의 공정하고 적법한 경쟁방법을 해하는 행위까지 포함된다고 하면서, 서로 가격을 협정한 자들이 예상가격의 $\pm 2\sim 3\%$ 범위에서 적절히 간격을 두어 입찰을 할 경우, 1개 업체가 다른 업체의 입찰가격을 전혀 알지 못한 채 독자적인 판단으로 낙찰예상가액을 결정하여 입찰하는 것보다는 수배 이상의 낙찰률을 나타낼 수 있을 것이어서, 입찰에 참여한 업체들에게 공정하고 적법한 경쟁방법을 해하는 결과가 초래되었다고 보아야 한다 ‘고 판시하고 있다.

(8) 입찰 또는 계약에 관한 서류(제39조의 규정에 의하여 지정정보처리장치에 의하여 입찰서를 제출하는 경우의 「전자서명법」 제2조제8호의 규정에 의한 공인인증서를 포함한다)를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위서류를 제출한 자(제8호)

영 제76조제1항제8호에 해당하는 자
 가. 입찰에 관한 서류를 위조·변조·부정행사 또는 허위서류를 --1년 제출하여 낙찰을 받은 자
 나. 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조·부정 행사하거나--6월 허위서류를 제출한 자

가. 입찰에 관한 서류는 입찰절차와 관련된 서류로서 통상 입찰

60) 서울행정법원 2005. 11. 15. 선고16949 판결.이 사안은 건설업체이면서 동시에 입찰브로커인업체가 여러 건설업체들을 모집하여 낙찰될 수 있는 가격 근방에 집중적으로 가격을 대신 투찰하고 자신도 투찰하여 낙찰률을 높인 사례이다.



참가자격 등을 증빙하는 서류, 입찰서, 제안서 등이 그 예이다. 반드시 입찰공고에서 요구하는 서류일 필요는 없고 입찰자가 발주기관이 제기하는 의문을 해소하기 위해 제출하는 입증서류도 포함된다⁶¹⁾.

계약에 관한 서류라 함은 계약의 내용과 효력을 정하는 문서를 말하는데, 계약의 내용과 효력을 정한 당해 계약문서에 한정되는 것이 아니라 계약의 내용과 효력에 관련된 서류 전체를 의미한다. 계약서, 규격서, 산출내역서, 검사·검수확인서 등이 그 예이다. 계약문서상에서 명시적으로 제출요구되는 문서는 아니더라도 계약의 내용을 입증하기 위해 계약상대자가 제출하는 문서도 이에 포함된다.

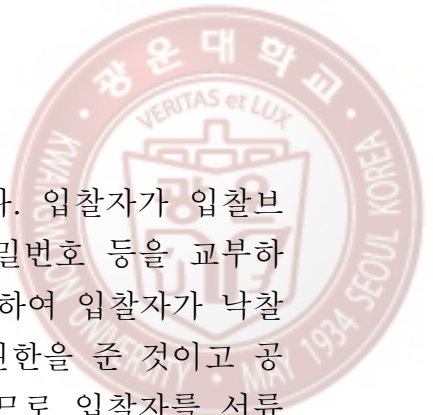
나. 한편, 국가입찰의 전자화가 진행되어 전자입찰서나 공인인증서 등이 과연 이러한 서류에 해당하는지 문제가 되었다. 이에 대하여 법원⁶²⁾은 ‘공인인증서 디스켓에는 원고 명의로 입찰하는 데 필요한 암호 및 비밀번호 등의 정보가 저장되어 있어, 이는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률과 전자거래기본법이 규정하고 있는 정보처리 시스템에 의하여 전자적 형태로 정보를 저장한 전자문서로서 문서에 해당한다.’ 고 판시하였다.

다. 행위의 태양으로 위조, 변조, 부정행사, 허위서류 제출을 정하고 있는데, 이 행위의 정의가 국가계약법령에 없으므로 형법상의 정의를 차용한다.

부정행사라 함은 진정하게 성립된 문서를 사용할 권한이 없는 자가 문서명의자로 또는 사용 권한이 있는 것처럼 가장하여 행사하거나, 사용할 권한이 있더라도 본래의 사용 목적이나 정당한 용법

61) 이명익, 전계서, 108면

62) 광주지방법원 2004. 7. 15. 선고 2003구합278 판결.

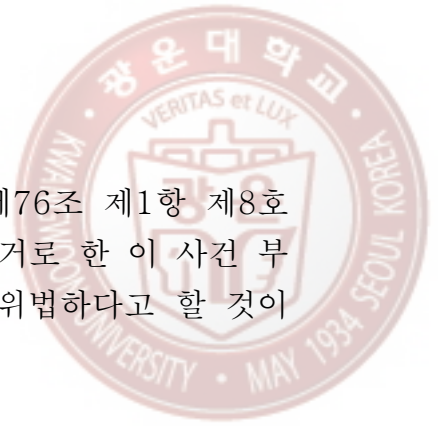


에 반하여 사용 또는 행사하는 경우를 의미한다. 입찰자가 입찰브로커에게 대신 투찰해 달라고 공인인증서와 비밀번호 등을 교부하고 입찰브로커가 투찰하면서 전산시스템을 조작하여 입찰자가 낙찰받게 한 사안에서 입찰자인 문서명의자가 사용권한을 준 것이고 공인인증서 본래의 사용목적에 따라 사용한 것이므로 입찰자를 서류의 부정행사로 제재할 수 없다는 것이 법원의 태도이다⁶³⁾.

허위서류라 함은 작성권한 있는 자가 진실에 반한 내용으로 작성한 서류이다. 국방부 조달본부는 원고인 h약품과 2005. 2. 25. 클로람데티클 안용액 물품구매계약을 체결하였고 원고인 h약품은 해당 물품을 s계약으로부터 공급받는 계약을 체결하여 2005. 5. 10. 제1차 납품을 하였으나, s계약은 이 사건 국가계약에서 납품전 3월 이내에 제조지시기록서의 제조일자를 위조하는 방법으로 h약품에 물품을 인도하고 위 h약품은 이러한 사실을 확인하지 아니한 채 원본대조필을 한 후에 국방부에 납품하였다. 그 후 위 계약위반 사실을 확인한 국방부는 국제법 시행령 제76조 제1항 제8호에 따라 H계약에 대하여 부정당업자 제재처분을 내리고 이에 대하여 원고인 H약품이 부정당업자 제제처분 취소소송을 제기한 사안에서 법원은⁶⁴⁾ “위 조항에서 ‘입찰 또는 계약에 관한 서류’ 라 함은 계약자가 다른 경쟁 사업자를 배제하고 부당하게 계약을 체결하기 위하여 제출하는 계약자의 자격요건에 관한 서류나 계약을 체결하기 위한 전제조건 내지 그 고려요소에 관계되는 서류를 가리키는 데, 원고가 주식회사 삼천당계약으로부터 교부받아 경전전 피고측에 제출한 위 제조지시기록서 등은 계약의 이행과 관련하여 작성된 서류일 뿐, 계약의 체결을 위하여 작성·교부된 서류라고 할 수 없고, 따라서 원고가 위 제조지시기록서 등을 경정전 피고측에 제출

63) 위 61번주석 판결 참조.

64) 위 사례는 서울행정법원 2006. 1. 12. 선고 2005구합24582 사건으로 원심에서 원고의 청구를 인용하였고, 고등법원 2006. 9. 15. 선고 2006누3201 사건으로 피고의 항소를 기각한 후 대법원에서 2006. 12. 8. 심리불속행기각 판결로 원심이 확정된 사건이다.



하였다고 하더라도 이를 들어 국제법 시행령 제76조 제1항 제8호에 해당한다고 할 수가 없으므로, 위 조항을 근거로 한 이 사건 부정당업자 제재처분은 결국 처분사유의 면에서 위법하다고 할 것이다” 라고 판시하고 있다.

위와 같은 판결에 대하여 법원은 위 제도의 입법목적의 잘못된 이해와 동 규정의 문리해석에도 반하게 ‘입찰 또는 계약에 관한 서류’ 를 ‘계약자가 다른 경쟁사업자를 배제하고 부당하게 계약을 체결하기 위하여 제출하는 계약자의 자격요건에 관한 서류나 계약을 체결하기 위한 전제조건 내지 그 고려요소에 관계되는 서류 “라고 제한하는 것에 대해 비판적 견해가 있다⁶⁵⁾.

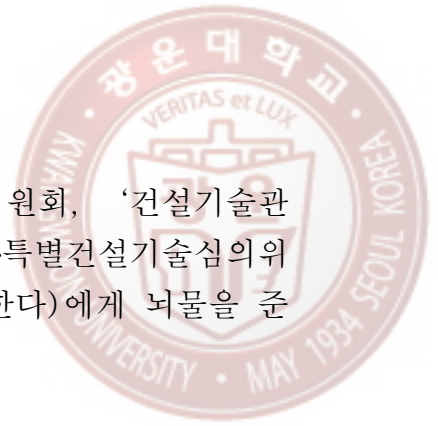
(9) 고의로 무효의 입찰을 한 자(제9호)

영 제76조 제1항 제9호에 해당하는 자 ----- 6월

판례는 ‘예산회계법시행령 제89조 제1항 제1의 2호 소정의 ’ 고 의 ‘라 함은 입찰무효의 요건이 되는 구체적인 의무위반 사실을 인식하면서도 감히 그와 같은 의무위반 행위를 하는 것을 말하고 입찰을 무효화시키려는 목적이 있어야 하는 것은 아니다.’ 라고 판시 하고 있다.

(10) 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행과 관련하여 관계공무원(법 제29조 제1항에 따른 국제계약분쟁조정위원회, 이 영 제42 조 제7항에 따른 입찰금액적정성심사위원회, 제43조 제8항에 따른 제안서평가위원회, 제94조제1항에 따른 제안서평가

65) 간영범, 부정당업자제재사유에관한 고찰, 국제법시행령제76조제1항제8호를 중심으로, 공군법률논집 2007년 211면 이하 참조



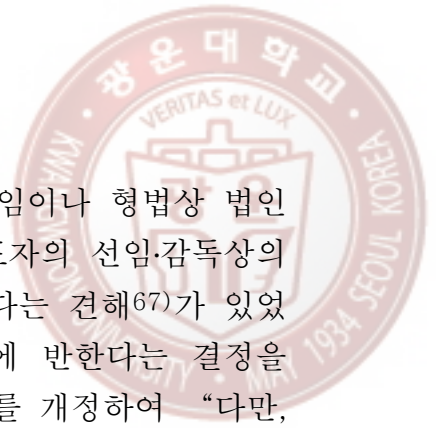
위원회, 제94조제1항에 따른 계약심의위원회, ‘건설기술관리법’에 의한 중앙건설기술심의위원회·특별건설기술심의위원회 및 설계자문위원회의 위원을 포함한다)에게 뇌물을 준 자(제10호)

영 제76조 제1항 제10호에 해당하는 자	
가. 2억원 이상의 뇌물을 준 자	----- 2년
나. 1억원 이상 2억원 미만의 뇌물을 준 자	----- 1년
다. 1천만원 이상 1억원 미만의 뇌물을 준 자	----- 6월
라. 1천만원 미만의 뇌물을 준 자	----- 3월

형법상 뇌물공여죄는 자연인이 발하는 범죄행위이므로 개인업체의 사장이나 법인의 대표이사의 지시없이 업체의 직원이 해당 업체를 위해 임의로 뇌물을 공여하더라도 개인업체의 사장이나 법인을 뇌물공여죄로 처벌할 수 없다. 하지만 부정당제재처분은 대리인, 지배인, 기타 사용인이 계약이행을 위하여 행하는 행위까지도 계약상대자가 책임을 지므로 부정당제재대상이 된다. 판례66)도 ‘건설회사의 현장감독이 수급한 공사와 관련하여 편의를 보아 달라는 명목에서 관계공무원에게 금원을 제공하였다면 이는 위 회사를 위한 것으로 보여지므로 그 증뢰가 회사의 자금 또는 회사 대표이사의 지시에 의하여 이루어진 것이 아니라 하더라도 위와 같은 증뢰행위는 지방재정법시행령 제58조의2, 예산회계법시행령 제89조의 제1항 제9호 소정의 공사계약의 상대자인 위 회사의 사용인이 그 계약의 이행에 관련하여 관계공무원에게 증뢰한 경우에 해당한다.’ 라고 판시하고 있다.

이에 대해 부정당제재처분의 처벌적 성격과 처벌은 자신의 잘못으로 인해 부과되는 것을 감안한 때, 귀책을 전혀 문제삼지 않는

66) 대법원 1985. 7. 23. 선고 85누136 판결 ; 대법원 1984. 4. 24. 선고 83누574 판결.



것은 잘못이며, 민법 제756조 소정의 사용자책임이나 형법상 법인의 형사책임에 준하여 행위자에 대한 회사 대표자의 선임·감독상의 해태로 인한 책임으로 구성하는 것이 바람직하다는 견해⁶⁷⁾가 있었다. 이러한 점 비관과 헌법재판소의 책임주의에 반한다는 결정을 반영하여 국가계약법시행령 제76조 제1항 단서를 개정하여 “다만, 계약상대자등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여 입찰참가자격의 제한 사유가 발생한 경우로서 계약상대자등이 그 행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.” 라고 하여 책임주의를 규정하였다.

최근에 위와 관련한 중요한 판례가 있어 소개하기로 한다⁶⁸⁾.

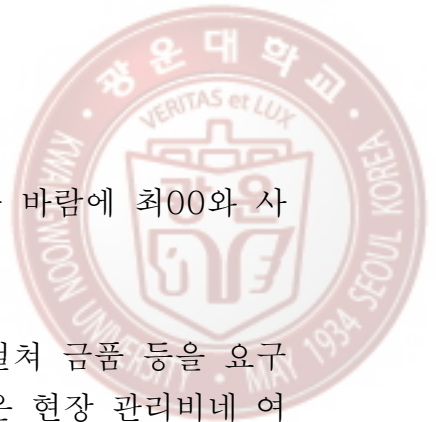
(가) 사건개요

원고는 전체 임직원이 1,400여 명에 달하고, 건설 부분의 경우 시공능력평가 국내 14위, 최근 3년 간 연 평균 수주액 약 1조 7,400억 원(국내 공공 공사 비율은 약 65%)에 달하는 기업이다. 이 사건 공사 전체 계약금액은 약 118억 원이고, 그 중 원고지분(42%) 해당 금액은 약 49억 원이다. 안00준은 1993. 6. 1. 원고에 입사한 이래 각종 공사 현장에서 근무하다 2007. 6. 15. 처음으로 현장 소장직을 맡아 이 사건 공사 현장 관리 총괄책임자로 근무하였고, 최00호는 2006. 12. 22.부터 이 사건 공사 현장 감독관으로 근무하다 2007. 11. 1. 대리에서 과장으로 승진하였다.

안00준은 이 사건 공사 과정에서 최상호를 처음 알게 되었는데, 최상호로부터 ‘현장에 최상호가 아는 업체가 들어가 일할 수 있게

67) 박정훈, 전계서, 301면 이하 참조

68) 서울고등법원 2011. 4. 13. 2010누21145 부정당업자제재처분취소



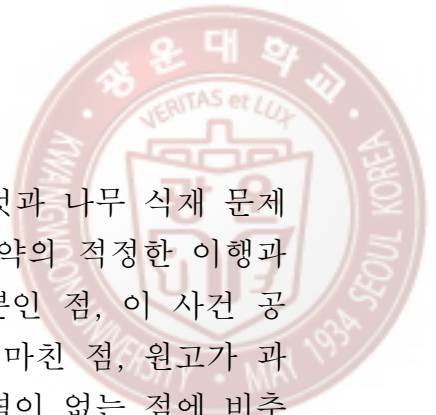
해 달라' 는 등 많은 요구를 받았으나 거절하는 바람에 최00와 사이가 좋지 않았다.

최00는 직·간접적으로 안기준에게 수차례에 걸쳐 금품 등을 요구하였다. 그러나 본사에서 혼자 나와 있던 안00은 현장 관리비내 여유가 없어 최상호가 한 요구를 들어주지 못하던 중 2007. 10. 12. 과 같은 달 31. 최00에게 '원활한 공사 진행을 할 수 있도록 해주고, 나무 식재 문제로 본사에 오가지 않도록 잘 봐 달라' 는 취지인 부탁과 함께 각 100만 원씩 합계 200만 원을 교부하였다. 안00은 최00에게 200만원을 준 것과 관련하여 2009. 8. 25. 배임수채죄로 기소유예 처분을 받았다. 최00는 이에 따른 배임수채 및 다른 시공 업체 대표인 이00으로부터 7회에 걸쳐 합계 1천만원 상당인 뇌물을 수수한 데 따른 뇌물수수죄등으로 2009. 12. 4. 서울중앙지방법원에서 유죄 판결(징역 8월에 집행유예 2년)을 선고받았고, 위 판결은 그 무렵 그대로 확정되었다. 원고는 2008. 5. 31. 이 사건 공사를 모두 마치고 피고로부터 준공 검사를 받은 후 2008. 7. 15. 약정 준공금을 모두 지급받았다. 원고는 1937년 설립 이래 현재까지 부정당업자 입찰 참가 제한 조치를 받은 전력이 없다.

원고 직원으로 이 사건 공사 현장인 안00은 피고 직원으로 현장 감독관인 최00에게 공사 관련 부탁과 함께 2회에 걸쳐 200만 원을 교부하였다.

(나) 판결요지

그러나 이 사건 계약이 원고 전체 매출액에서 차지하는 비중이 미미한 점, 안00이 최00 요구에 따라 수동적으로 금전을 지급하게 되었고, 그 액수 또한 200만 원에 불과한 점, 금전을 지급한

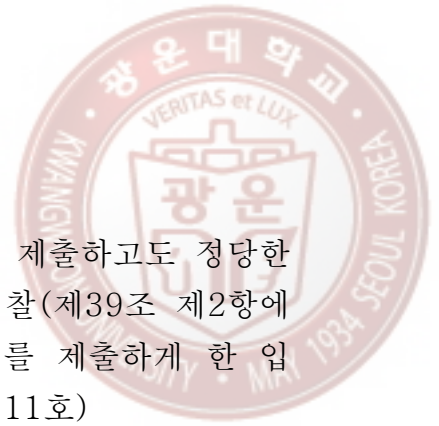


취지도 원활하게 공사 진행을 하게 해 달라는 것과 나무 식재 문제로 본사에 오가지 않도록 해 달라는 것으로 계약의 적정한 이행과 관계가 없거나 안기준 개인의 사적인 부탁일 뿐인 점, 이 사건 공사가 모두 이행되어 별 문제 없이 준공 검사를 마친 점, 원고가 과거 부정당업자 입찰 참가 제한 조치를 받은 전력이 없는 점에 비추어 보면, 안기준이 한 금전 수수 행위로 인하여 원고가 이 사건 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백한 법인으로 판명되었다고 인정하기에 부족하여 이 사건 처분은 위법하다. 따라서 원고의 청구를 인용 한다라고 판시하였다.

1천만원 미만의 뇌물을 준 자에 대하여 3개월이하의 부정당제재 처분을 받아야 하나 ‘계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백한 법인으로 판명되었다고 인정하기에 부족’ 하다고 하여 원고의 부정당 제재처분을 위법하다고 하여 원고 청구를 인용한 것이다. 대법원에 상고하였으나 대한주택공사의 부정당제재처분도 행정처분으로서 원심의 판단이 정당하다고 하여 상고기각하였다.⁶⁹⁾ 한편, 이 제재사유를 뇌물제공의 대가로 계약을 체결하게 되었거나, 계약조건이 낙찰자에게 유리하게 되도록 하여 계약을 체결하게 되었다든지, 부실시공이 발생된 경우로 축소하여 해석하여야 하기에 그러한 결과가 발생되지 않은 상태에서 단순히 관계공무원에게 뇌물을 준 자는 이에 해당하지 않는다는 견해도 있으나 구성요건에서 공무원의 직무 위반을 요건으로 하고 있지 않으며, 직무행위에 대한 일반의 신뢰는 직무행위의 매수에 관한 외관에 의하여 침해되므로 입찰이나 계약에 있어 뇌물을 공여한 사실 자체만으로도 국가계약의 공정성에 중대한 해를 끼치는 것이므로 구성요건을 축소해석 할 이유는 없다는 견해도 있다⁷⁰⁾. 판례는 뇌물을 준 자에 해당하나 위의 판결에서 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백한 법인으로 판명되었다고 인정하기에 부족하다고 하여 원고 청구를 인용하는 사례도 있다.

69) 대법원 2013. 9. 12. 2011두10584 판결 참조.

70) 이명익, 전거서, 115면



(11) 입찰참가신청서 또는 입찰참가승낙서를 제출하고도 정당한 이유없이 당해 회계연도 중 3회 이상 입찰(제39조 제2항에 따라 지정정보처리장치에 의하여 입찰서를 제출하게 한 입찰을 제외한다)에 참가하지 아니한 자(제11호)

영 제76조 제1항 제11호에 해당하는 자 ----- 1월

국가에게 입찰에 참가하겠다는 의사표시인 입찰참가신청을 하고도 정당한 이유없이 입찰에 참가하지 않는 것은 입찰준비 등을 한 국가의 입찰질서를 농락하는 결과가 되어 이를 제재사유로 하고 있다.

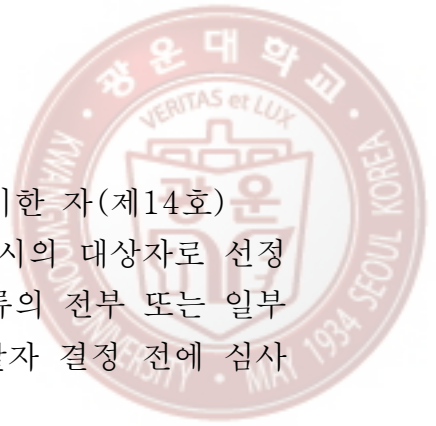
(12) 입찰참가를 방해하거나 낙찰자의 계약체결 또는 그 이행을 방해한 자(제12호)

영 제76조 제1항제12호에 해당하는 자----- 3월

(13) 감독 또는 검사에 있어서 그 직무의 수행을 방해한 자(제13호)

영 제76조 제1항 제13호에 해당하는 자 ----- 3월

(14) 정당한 이유없이 제42조 제1항에 따른 계약이행능력의 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출56하지 아니하거나



서류제출 후 낙찰자 결정 전에 심사를 포기한 자(제14호)
제42조제4항에 따른 입찰금액의 적정성심사의 대상자로 선정
된 후 정당한 이유없이 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부
를 제출하지 아니하거나 서류제출 후 낙찰자 결정 전에 심사
를 포기한 자(제14조의2)

영 제76조제1항제14호 또는 제14호의2에 해당하는 자 ----- 3월

충분히 적격심사를 통과하여 낙찰자가 될 수 있는 자임에도 불구하고
하구 적격심사서류를 제출하지 아니하여 차순위자를 심사대상 및
낙찰자가 되게 하는 것은 입찰가격을 협정한 것은 아니지만 특정한
의 낙찰을 돕는 것으로서 국가입찰의 질서를 해하는 것이다. 낙찰
자 결정 전에 심사를 포기하는 경우도 마찬가지이다.

(15) 제87조에 따라 입찰입찰의 낙찰자를 결정하는 경우에 실시
설계적격자로 선정된 후 정당한 이유없이 기한내에 실시설계서를
제출하지 아니한 자(제15호)

영 제76조 제1항 제15호에 해당하는 자 ----- 3월

(16) 감리용역계약에 있어서 ‘건설기술관리법 시행령’ 제52조
및 계약서 등에 따른 감리원 교체사유 및 절차에 의하지 아
니하고 감리원을 교체한 자(제16호)

영 제76조제1항제16호에 해당하는 자 ----- 8월



3. 수개의 제재사유 및 제재기간의 가중·감경

(1) 수개의 제재사유

동법시행규칙 제76조 제3항은 수개의 위반행위가 수개의 위반사유에 해당하는 경우만을 정하고 있다. 그러므로 하나의 위반행위가 수개의 위반사유에 해당하는 경우, 수개의 위반행위가 하나의 제재사유에 해당하는 경우 등은 해석에 의할 수 밖에 없다.

1) 법조경합

법조경합에 해당되면 당해 제재사유에 해당되는 제재기간으로만 처분하면 된다.

2) 포괄적인 1개사유

수개의 행위가 포괄적으로 1개의 구성요건에 해당하여 하나의 제재사유를 구성하는 경우이다. 수개의 행위이더라도 1개의 사유이므로 당해 제재사유 하나로만 처분하면 되고, 이 처분의 효력은 포괄적 1개사유의 내용이 된 행위 전부에 미친다. 따라서 만일 처분을 하였는데 후에 그 중 일부 행위가 발견되더라도 이는 포괄적 1개사유로서 이미 내려진 처분의 효력이 미치지므로 새로운 처분을 하여서는 아니된다.

3) 상상적 경합

상상적 경합에 대해서는 국가계약법령에 규정이 없으나 각각 별개의 처분을 하는 것보다는 동법시행규칙 제76조 제3항을 유추 적용하여 가장 중한 기준에 의하여야 할 것이다.



4) 실제적 경합

수개의 행위가 수개의 제재사유에 해당하는 경우다. 수개의 죄에 대하여는 가장 중한 제재기준을 적용한다(흡수주의, 동법시행규칙 제76조 제3항).

(2) 제재기간의 가중

1) 서

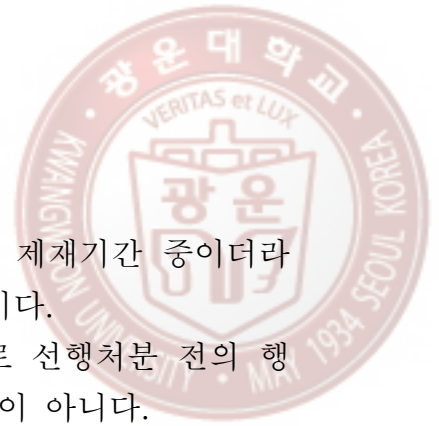
국가계약법시행규칙 제76조 제2항은 “입찰참가자격의 제한을 받은 자에게 그 처분일부터 입찰참가자격제한기간 종료후 6월이 경과하는 날까지의 기간 중 다시 부정당업자에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 자격제한기간을 그 위반행위의 동기·내용 및 횡수 등을 고려하여 별표 2의 해당 호에서 정한 기간의 2분의 1의 범위 안에서 가중하여 제한할 수 있다. 이 경우 가중한 기간을 합산한 기간은 2년을 초과할 수 없다.” 라고 정하고 있다.

2) 요건

(가) 부정당제재처분을 받아야 한다.

선형처분으로서 부정당제재처분을 받아야 한다. 명시적인 처분이 있어야 하므로 단순히 처분을 위한 절차인 의견청취 절차 등이 진행 중인 경우는 해당이 안된다.

(나) 부정당제재처분일로부터 제재기간 종료 후 6월이 경과하는 날까지 부정당행위를 하여야 한다.



선행처분 종류 후뿐만 아니라 선행처분의 제재기간 중이더라도 새로운 부정당행위가 있으면 가중제재 대상이다.

한편, 새로운 부정당행위가 발생하여야 하므로 선행처분 전의 행위가 처분 후에 밝혀진 경우는 가중제재의 대상이 아니다.

3) 동일 행정청이 동일인에 대해 처분하는 경우에 적용된다.

4) 효과

위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 고려하여 별표2의 해당 호에서 정한 기간의 1/2의 범위안에서 가중하여 제한할 수 있다. 하지만 가중하였더라도 그 제재기간은 2년을 초과할 수 없다.

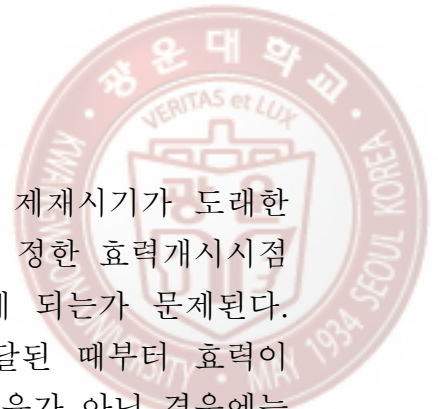
(3) 제재기간의 감경

국가계약법시행규칙 제76조 제4항은 “각 중앙관서의 장은 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한하는 경우 자격제한기간을 그 위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 고려하여 별표 2의 해당호에서 정한 기간의 2분의 1의 범위 안에서 감경할 수 있다. 이 경우 감경 후의 제한기간은 1월 이상이어야 한다.” 라고 하여 이른바 작량감경을 정하고 있다.

제6절 부정당제재처분의 효력

1. 처분의 효력발생시기

부정당업자에 대한 입찰참가자격제한의 효력은 소위 기간을 정한 제재이므로 일반적인 행정처분이 도달된 때 효력이 발생하는



것과 달리, 입찰참가자격제한 통지서에 기재된 제재시기가 도래한 때부터 효력이 발생된다. 그런데 만일 처분에서 정한 효력개시시점을 경과하여 도달한 경우는 효력기간은 어떻게 되는가 문제된다. 이러한 경우는 행정절차법 제15조에 따라 도달된 때부터 효력이 발생하고 송달이 늦게 된 것이 상대방의 귀책사유가 아닌 경우에는 처분통지서에 기재된 날짜에 만료한다고 보아야 할 것이라는 견해⁷¹⁾에 별다른 이견이 없는 것으로 보인다. 한편, 해당관서의 장이 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한하면 제재사실을 부정당업자에게 통보하고 그 내용을 지정정보처리장치에 게재하게 되는데, 전자입찰이 일반화되고 있는 현실에 비추어 지정정보처리장치에 게재된 순간 부정당업자는 다른 기관이 발주하는 입찰에도 구조적으로 참가할 수 없게 되어 제재의 실효성이 매우 강화되었다고 평가한다⁷²⁾. 다만, 부정당업자에 대한 제재통지서가 도달되었고, 제재기간이 기산되었으나, 계약담당자의 잘못 등으로 지정정보처리장치에 게재되는 것이 지연되어 부정당업자가 입찰에 참가하여 낙찰자가 되거나 계약을 체결하는 경우가 있을 수 있는데, 이 경우 부정당업자의 입찰은 입찰참가자격이 없는 자가 한 입찰이 되어 그 낙찰자 결정이 무효가 될 것이고⁷³⁾, 체결된 계약 역시 무효인 입찰에 근거한 것으로 그 효력이 없다고 할 것이다⁷⁴⁾. 입찰참가자격제한의 효력이 소멸하여 입찰에 참가할 경우 그 소멸시점과 관련하여 회계통첩은 입찰참가등록마감일 또는 현장설명일을 기준으로 한다고 하여 입찰공고일을 기준으로 할 경우에 비하여 부정당업자의 입찰참가기회를 확대하고 있다⁷⁵⁾.

71) 정원, '공공조달계약법' 제353쪽, 이명익, 전게서 144면, 김성근, 전게서, 84면

72) 김성근, 전게서, 84면 이하 참조

73) 국가계약법 시행규칙 제44조 제1호

74) 정원, '공공조달계약법' 제 353면; 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다15852 판결은 입찰이 무효인 경우 그에 터잡아 체결한 계약 역시 무효라고 판시하고 있다.

75) 입찰참가자격 유·무 판단기준일관련 회계통첩, 회제 41301-793, 2002.6.18.



2. 효력의 내용

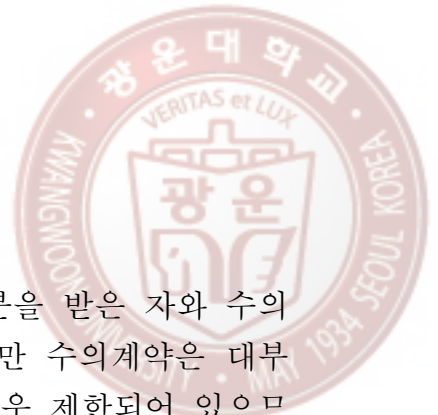
(1) 경쟁입찰에 참가 배제

해당관서의 장은 입찰참가자격제한을 받은 자에 대하여 당해 제한기간 동안 그 관서에서 집행하는 입찰에 참가할 수 없도록 해야 하고, 다른 기관으로부터 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한을 통보받거나 지정정보처리장치에 게재된 자에 대해서도 입찰에 참가할 수 없도록 할 수 있다.

(2) 낙찰자 선정 배제

부정당업자의 입찰참가자격제한은 입찰참가만을 제한한 것이므로 입찰에 등록할 당시에 부정당업자의 효력이 발생되지 않아 입찰에 참가하였으나, 낙찰자를 결정할 심사단계에서 그 효력이 발생되지 않아 입찰에 참가하였으나, 낙찰자를 결정할 심사단계에서 그 효력이 발생한 경우 부정당업자에 대하여 낙찰자로 결정할 것인지 여부가 문제된다. 입찰참가자격제한에 있어서 입찰은 단순히 입찰에 참가할 당시의 입찰만을 의미하는 것이 아니라, 입찰공고부터 낙찰자결정까지의 입찰절차 전체를 의미하는 것이므로 부정당업자가 비록 입찰에 참가했지만 낙찰자로 결정되기 이전이라면 낙찰자로 결정해서는 아니 될 것이라는 견해가 있다⁷⁶⁾. 국가계약법 시행령 제76조 제10항에서 부정당업자의 입찰참가 외에 계약체결까지 제한하고 있으므로 현행법상 낙찰자 심사단계에서 부정당업자 체제를 받은 경우 발주기관은 부정당업자를 낙찰자로 결정할 수도 없고, 부정당업자와의 계약을 체결할 수도 없다.

76) 대전지방법원 2002카합1123 결정; 이명의 “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률상의 부정당업자 입찰참가자격제한에 대한 연구”, 145



(3) 수의계약 체결 금지

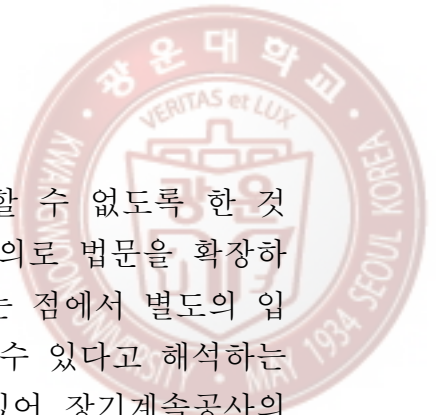
국가계약법 제27조 제3항은 부정당제재처분을 받은 자와 수의 계약을 체결해서는 안 된다고 정하고 있다. 다만 수의계약은 대부분 그 특성상 수의계약사유에 해당되는 자가 매우 제한되어 있으므로 부정당제재처분을 받은 자 외에는 시공자·제조자가 존재하지 아니하는 등 부득이한 사유가 있는 경우에는 예외적으로 수의계약 체결을 허용하고 있다.

(4) 계약체결 후 부정당제재처분을 받은 경우

입찰에 참가하여 계약을 체결하여 이행 중인데 다른 기관에서 부정당제재처분을 받은 경우라면 이미 입찰절차는 종료하였기 때문에 계약의 해제사유가 될 수 없다. 재경부도 같은 견해⁷⁷⁾이다. 다만, 계약 체결 후에도 별도의 납품요구를 해야 하는 단가계약의 경우 계속 납품요구를 할 것인지에 대해서는 계약담당공무원의 재량 사항으로 유보하고 있다⁷⁸⁾. 다만 부정당업자가 입찰에 참가하여 낙찰자가 되었으나, 계약체결 직전에 부정당업자 제재의 효력이 발생한 경우 부정당업자와 계약을 체결해야 하는지 여부가 문제된다. 이에 대하여 기획재정부는 부정당업자 제재의 취지가 부실업자를 배제하고 성실하고 신용있는 자와 계약을 체결하는데 있는 것이므로 이미 정당하게 낙찰을 받은 자라 할지라도 계약체결 전에 부정당업자제재를 받은 이상 그자와 계약을 체결하지 않는 것이 본 제도의 취지에 부합된다고 유권해석하였으나⁷⁹⁾ 부정당업자에 대한 입

77) 재경부 유권해석(회계 45107-2028, 96. 9. 4.) 이미 체결된 당해 계약이 원인이 되어 부정당업자 제재를 받은 경우가 아니라면 동 계약은 해제·해제사유에 해당되지 않음.

78) 재경부 유권해석(회계 1210-1038, 76. 5. 11.) 귀청과 물품공급계약을 체결한 업체가 당해 계약이 원인이 되어 귀청으로부터 직접 부정당업자 제재를 받은 것이 아니라면, 기 체결된 동계약은 계속 유효합니다. 다만, 단가계약인 경우 부정당업자로 제재된 이후에도 계속하여 납품지시를 할 것인지의 여부에 대하여는 업체의 성실도·계약이행능력 및 계약의 성질 또는 목적등에 따라 계약담당공무원이 결정할 사항임.



찰참가자격제한은 문언적으로 입찰절차에 참가할 수 없도록 한 것이고, 형사처벌 이외에 행정제재에 대해서도 임의로 범문을 확장하여 해석하는 것은 바람직한 것으로 볼 수 없다는 점에서 별도의 입법조치가 없는 한 부정당업자와 계약을 체결할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다는 견해⁸⁰⁾도 있다. 건설공사에 있어 장기계속공사의 경우 최초 장기계속공사계약체결원인에 부정당제재사유가 있어 부정당제재처분을 한 경우 다음 차수의 장기계속공사계약도 체결할 수 없는 것인가? 다음의 경우의 기사를 보면서 논의해 보기로 한다.

방위사업청(청장 이용걸)은 국내·외 군납업체가 입찰 또는 계약 이행 과정에서 업체간 담합이나 직원에게 금품이나 향응 제공 등 청렴서약을 위반*한 경우 향후 입찰시부터 입찰참여를 제한하던 것을 현재 계약된 계약건부터 해제·해지*하도록 하여 부정당업자에 대한 제재를 강화해 나가기로 했다⁸¹⁾.

* 청렴서약 위반 : 입찰담합, 금품·향응 등 뇌물공여, 정보제공

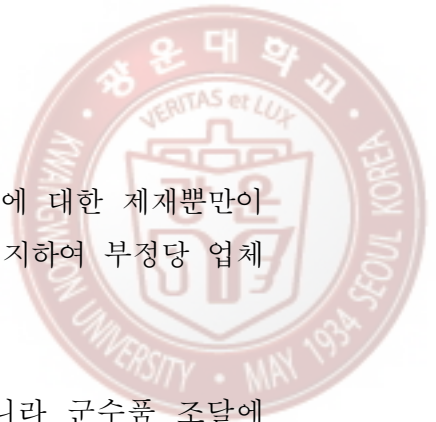
* 해제 : 계약의 원천적 무효, * 해지 : 해지시점부터 납품중단, 금액 정산

- 군수업체가 군수품 조달시 계약질서 위반으로 부정당제재 처분을 받게 되면 제재기간 동안 국가에서 실시하는 모든 입찰에 3개월에서 최대 2년까지 참여할 수 없으며, 제재기간 종료 이후 입찰에 참여하여도 2년간 적격심사에서 감점을 받아 입찰참여에 제한을 받아왔다.

79) 기획재정부 유권해석(회계 1210-4372, 1986. 12. 8.); 장훈기 ‘정부계약제도해설’, 1162쪽

80) 김성근, 전계서 88p ~ 89p 참조, 정원, ‘부정당업자에 대한 입찰참가자격제한의 내용과 문제점’, 458 ~ 459쪽에서는 입찰참가자격제한에 대하여 계약체결까지 제한한 것은 제재적 행정처분을 부당히 확대하는 문제뿐만 아니라, 실질적으로 제재기간을 소급하여 확정하는 결과가 되어 부당하다고 한다.

81) 방위사업청, 방위사업소식, ‘13. 9. 17. 보도자료 참고

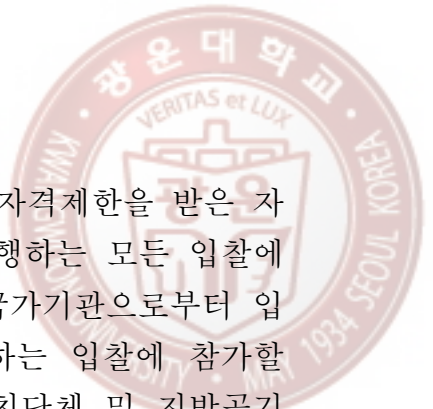


- 하지만 방위사업청은 이번 조치부터 향후 계약건에 대한 제재뿐만이 아니라 현재 계약건에 대해 계약 자체를 해제·해지하여 부정당 업체 의제재를 더욱 강화하기로 하였다.
- 부정당 업체에 대한 제재는 국내업체 뿐만 아니라 군수품 조달에 참여하는 국외업체에 대해서도 동일하게 적용된다.
- 계약관리본부 조달기획관리팀장(육군대령 이선목)은 “방위사업청의 이러한 제도개선 노력은 부정당업체 제재 실효성을 강화하고 공정한 계약질서를 확립하여, 나아가 군의 전력증강에도 크게 공헌할 것으로 기대된다.” 라고 말하였다.

위와 같은 기사내용대로 지금 현재 시행되고 있다면 그 근거는 입찰공고문상에 청렴서약위반인 경우 현재 계약도 해지·해지될 수 있다고 공고하고 그 사유가 발생하여 부정당제제처분을 받은 경우 계약을 해제·해지하여 정산할 수 있게 된다. 과연 법적 근거가 있고 유효한 것인지는 의문이다. 그렇다면 건설공사에 있어 장기계속공사에 있어서도 과연 다음 차수의 공사계약을 체결하지 않으면 안 되는 것인지 아니면 발주청이 계약을 거부할 수 있는지 등이 문제될 수 있다. 그러나 사실상 장기계속공사에 있어서는 발주청이 다음 차수의 계약을 거부하여 다른 업체로 하여금 공사를 계속하게 하는 경우는 사실상 어려워 실제로도 발생은 하지 않는 것이 실정으로 보인다. 다음 연구과제로 남기기로 한다.

3. 지방자치단체·정부투자기관에 대한 효과 및 지방자치단체·정부투자기관이 행한 처분의 효과

(1) 당해기관 입찰참가 불가

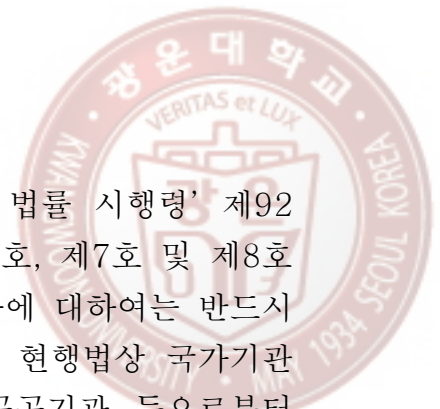


국가계약법상 각 중앙관서의 장은 입찰참가자격제한을 받은 자에 대하여 당해 제한기간 내에 그 관서에서 집행하는 모든 입찰에 참가할 수 없도록 해야 하므로 부정당업자는 국가기관으로부터 입찰참가자격제한을 받은 경우 국가기관이 발주하는 입찰에 참가할 수 없게 된다. 또한 지방계약법에 따라(지방자치단체 및 지방공기업) 입찰참가자격제한을 받은 자 역시 지방계약법 제31조 제2항 전문, 동법 시행령 제92조 제7항에 따라 각 지방자치단체 및 지방공기업이 시행하는 모든 입찰에 참가할 수 없게 된다. 그리고 공공기관운영법에 따라 입찰참가자격제한을 받는 자도 공공기관운영법 제39조 제2항 및 제3항, 공기업·준정부기관계약사무규칙 제15조 제7항에 따라 기관장(별표2에 해당하는 기관만 해당한다⁸²⁾) 제6항에 따라 입찰참가자격 제한 사실이 지정정보처리장치에 게재된 자에 대하여 해당 제재기간에는 그 공기업·준정부기관에서 집행하는 모든 입찰에 참가할 수 없게 된다.

(2) 지방자치단체·정부투자기관이 행한 제재처분의 국가에 대한 효과

국가기관의 장은 제1항 제1호 내지 제5호, 제7호 및 제8호의 사유로 입찰참가자격을 받은 자에 대하여는 반드시 제한하여야 하고, 지방자치단체의 장 역시 지방계약법에 따라 국가계약법이 규정한 바와 동일한 사유에 대하여 반드시 입찰참가자격을 제한하여야 하며, 공공기관의 장 역시 공공기관운영법에 따라 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령’ 제76조 제1항 제1호부터 제3호까지, 제3호의2, 제4호, 제4호의2, 제5호, 제7호 및 제8호와

82) [별표2]는 부정당업자의 입찰참가자격 제한을 지정정보처리장치에 게재하여야 하는 공기업·준정부기관(제15조 제6항 및 제7항 관련)으로 한국조폐공사, 한국전력공사, 대한석탄공사, 대한광업진흥공사, 한국석유공사, 대한무역투자진흥공사, 한국도로공사, 대한주택공사, 한국수자원공사, 한국토지공사, 한국농촌공사, 농수산물유통공사, 한국관광공사, 한국철도공사를 열거하고 있다. 다만 현재 대한주택공사와 한국토지공사가 합병되었으므로 게재할 기관의 수는 13개가 된다.



‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령’ 제92조 제1항 제1호부터 제4호까지, 제4호의2, 제5호, 제7호 및 제8호에 따른 사유로 입찰참가자격의 제한을 받은 자에 대하여는 반드시 입찰에 참가할 수 없도록 하여야 한다. 따라서 현행법상 국가기관이나 지방자치단체, 공공기관운영법상 13개 공공기관 등으로부터 입찰참가자격제한을 받은 부정당업자에 대하여 국가기관, 각 지방자치단체, 공공기관운영법에 의한 공공기관 등은 자신이 시행하는 모든 입찰에 참가할 수 없도록 할 수 있고, 특별히 중대한 사유에 해당되는 경우에는 반드시 입찰에 참가할 수 없도록 해야 한다.

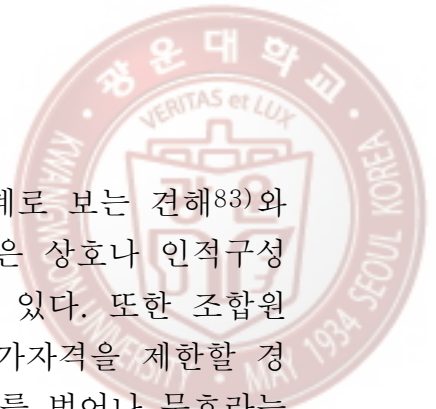
(3) 업종별 제한범위

부정당업자에 대한 입찰참가자격은 부정당업자가 보유한 업종 가운데 부정당행위가 이루어진 업종에 대해서만 효력이 미치는 것이 아니라, 부정당업자가 수행하는 모든 영업에 대하여 적용된다. 즉 토목공사업 면허를 가진 업체가 국가기관이 발주한 공사계약을 이행하다가 부정당행위로 인하여 입찰참가자격제한을 받게 되었다면 그 업체는 국가가 발주하는 토목공사이외에 건축공사나 설비공사, 전기공사입찰은 물론 심지어 물품구매 입찰 등에도 참여할 수 없게 된다. 이는 건설산업기본법상 영업정지가 영업정지와 관련이 있는 업종에 대해서만 영업활동을 정지한 것과 차이가 있다.

4. 개별인격에 대한 처분, 처분 효력의 승계

(1) 동일인격 확인의무가 처분 효력의 승계 문제인지 여부

법적 인격이 동일하다면 형식적으로 상호나 대표자 등이 변경되더라도 그에 대한 부정당체재처분의 효력은 당연히 유지되는 것이므로 각 중앙관서의 장은 입찰시 동일인격인지를 확인하도록 정



하고 있는 것이다. 그런데 이를 처분의 효력승계로 보는 견해⁸³⁾와 이를 뒷받침 하는 유권해석⁸⁴⁾도 있다. 법원⁸⁵⁾은 상호나 인적구성의 변경이 있어도 동일한 법인이라고 판시하고 있다. 또한 조합원의 위반행위에 대하여 조합에 대해서는 입찰참가자격을 제한할 경우 헌법상 과잉금지의 원칙 및 내재적 위임범위를 벗어나 무효라는 하급심 판결이 있다⁸⁶⁾.

(2) 합병과 부정당업자제재 효력의 승계여부

법인과 법인 간에, 법인과 개인사업자간에 합병이 발생한 경우 부정당업자의 효력이 승계되는지 여부가 문제된다.

1) 기획재정부 유권해석

기획재정부는 유권해석을 통하여 국가기관으로부터 부정당업자 제재를 법인을 합병하는 경우 합병된 후의 법인이 부정당업자 제재를 받은 법인의 면허번호, 등록번호 및 법인등록번호 등과 각각 동일한 사항이 있어 동질성이 인정된다고 판단될 경우에는 입찰참가자격이 제한된다고 하고⁸⁷⁾, 국가기관이 체결한 계약에서 법인이 합병된 경우 건설산업기본법 등 관련법령에 의하여 권리의무가 합병된 법인에 포괄적으로 승계된다면 피합병회사에 국가계약법 시행령 제76조의 규정에 의하여 제재사유가 발생하였으나, 제재조치 전에 합병된 경우 동 제재사유도 승계되는 것으로 보아 합병법인에 대하여 입찰참가자격제한조치가 가능하다고 한다⁸⁸⁾. 기획재정부 유

83) 장훈기, 전거서, 1164 ~ 1165쪽, 정원, 앞의 논문, 486쪽에서는 동일인격 확인의무를 처분의 효력 승계로 파악하고 있다.

84) 재경부유권해석(회계 45107-783, '95. 5. 27)

85) 서울고등법원 1998. 9. 29. 선고 98누2173 판결

86) 서울행정법원 2004. 5. 19. 2003구합17061판결, 서울고등법원 2004누11260

87) 기획재정부, 유권해석(회계 45101-1560, 1995. 8. 24)

88) 기획재정부, 유권해석(회계 41301-407, 2002. 3. 28)



권해석이 타당하다고 본다.

2) 등록 양도와 승계여부

국가기관으로부터 부정당업자제재를 받은 업체의 면허를 양수 받은 경우 그 면허를 양수받은 자는 그 면허를 가지고 제재기간 동안 입찰에 참가할 수 없다.

제7절 사회기반시설에 관한 민간투자법상의 부정당제재의 효과

1. 국가계약법 및 민투법상의 부정당제재 규정 비교

(1) 민간투자사업의 개념

민간투자사업은 민간이 정부를 대신해서 사회기반시설을 건설·운영하여 공공서비스를 제공하는 것을 말한다. 정부는 계획수립, 평가, 실시계획의 승인을 하고 사업수행 지원을 한다. 민간은 시설의 설계, 건설, 자금조달, 운영을 한다. 정부와 민간의 협력이 중요하다.

(2) 민간투자사업의 유용성과 한계

민간투자사업은 부족한 재정을 보완하여 soc시설의 조기 확충을 이룬다. 국채 발행을 민간자금 투자로 대체하여 재정 건전성을 확보한다. 또한 교통 혼잡완화, 운송시간 절감, 공공시설 이용환경을 개선한다. 사회기반시설 분야 투자증가로 고용창출 및 국민생산을 증대한다. 특히 공공사업에 민간의 창의·효율성을 활용한다는 장점이 있다. 다만 민간투자사업은 재정부담의 미래전가 및 장기계약 관리의 부담으로 작용한다는 한계가 있다.



(3) 민간투자법상의 부정당업자 제재의 법적 체계

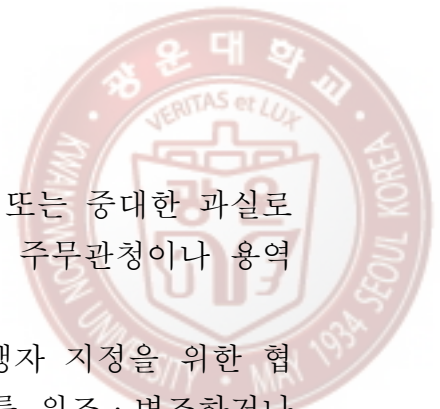
민간투자사업은 사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 ‘민간투자법’이라 한다), 동법 시행령, 기본계획, 세부지침으로 구성되어 있다. 본고에서 관심을 가지는 부정당제재는 동법 제46조의2에서 “주무관청은 경쟁의 공정한 집행 또는 실시협약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 그 밖에 민간투자사업에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여는 2년의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 민간투자사업 참가자격을 제한하여야 하며, 이를 즉시 다른 주무관청에 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 주무관청은 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당자의 민간투자사업 참가자격을 제한하여야 한다.

동법 시행령 제35조의2 (부정당업자의 민간투자사업 참가자격 제한) 에서

① 법 제46조의2 전단에 따라 주무관청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 민간투자사업 참가자[사업시행자, 사업시행자의 출자자(출자 예정자를 포함한다) 및 설계·시공·운영 등 해당 민간투자사업의 업무에 참여하는 자와 그들의 대표자(대표자가 여러 명 있는 경우에는 해당 민간투자사업에 관한 업무를 관장하는 대표자를 말한다), 대리인, 지배인, 그 밖의 사용인을 포함한다. 이하 이 조 및 제35조의3에서 같다]에 대하여 해당 사실이 있을 후 지체 없이 민간투자사업 참가자격을 제한하여야 한다.

1. 협상대상자로 지정받기 위하여 사업계획(제안서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 제출자 간에 서로 상의하여 미리 적정 사업비·사용료·수익률 등 각종 사업추진을 위한 조건을 협정하였거나 특정 민간투자사업 참가자의 협상대상자 지정을 위하여 담합한 자

2. 민간투자사업과 관련된 「건설기술관리법 시행령」 제57조에 따



른 타당성 조사의 용역업무를 수행하면서 고의 또는 중대한 과실로 수요예측 등 타당성 조사를 부실하게 수행하여 주무관청이나 용역 계약의 발주청에 상당한 손해를 끼친 자

3. 협상대상자 지정을 위한 평가 또는 사업시행자 지정을 위한 협상에 관한 서류 등 민간투자사업에 관한 서류를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 거짓 서류를 제출한 자

4. 협상대상자로 지정받은 후 정당한 이유 없이 사업시행자 지정을 위한 협상에 성실히 응하지 아니하거나 제12조에 따른 서류를 정당한 이유 없이 제출하지 아니한 자

5. 민간투자사업 지정 또는 협상대상자나 사업시행자 지정 등과 관련하여 관계 공무원이나 심의위원회의 위원에게 금품, 향응 등의 뇌물을 준 자

② 제1항에 따른 참가자격의 제한기간에 관한 세부 기준은 별표와 같다.

③ 제1항과 제2항에 따라 민간투자사업 참가자격이 제한되는 자가 「중소기업협동조합법」에 따른 중소기업협동조합인 경우에는 그 원인을 직접 발생시킨 조합원에 대해서도 제1항과 제2항을 적용한다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 자격이 제한된 자를 대표자로 사용하여 그 대표자가 민간투자사업에 관여하는 경우에는 그 사용자에 대해서도 제1항과 제2항을 적용한다.

⑤ 주무관청은 제1항부터 제4항까지의 규정에 따라 자격이 제한된 자가 상호 또는 대표자 변경 등의 방법으로 제한기간에 민간투자사업에 참가하는 것을 방지하기 위하여 민간투자사업 참가자의 법인 등록번호, 관계 법령에 따른 면허 또는 등록 번호와 대표자의 주민등록번호 등을 확인하여야 한다.

⑥ 주무관청은 민간투자사업 참가자가 실시협약 체결 전에 제1항부터 제4항까지의 규정에 따라 민간투자사업 참가자격이 제한된 경우에는 민간투자사업에 참가시켜서는 아니 된다.



[별표 2] <개정 2013.3.18>

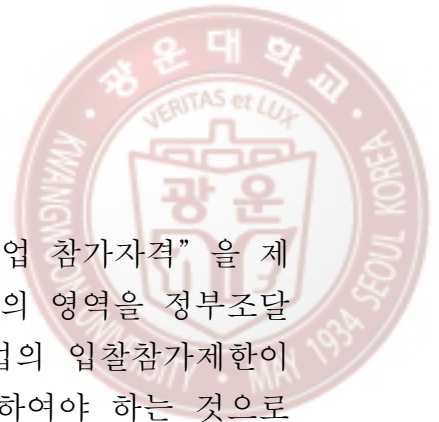
부정당업자의 민간투자사업 참가자격 제한기준 (제35조의

2제2항 관련)

제한 사유	제한기간
1. 제35조의2제1항제1호에 해당하는 자 가. 1순위 협상대상자로 지정받은 자 나. 가목 외의 자	1년 6개월 1년
2. 제35조의2제1항제2호에 해당하는 자 가. 고의에 의한 경우 나. 중대한 과실로 인한 경우	6개월 3개월
3. 제35조의2제1항제3호에 해당하는 자 가. 1순위 협상대상자로 지정받은 자 나. 사업시행자로 지정받은 자 다. 가목 및 나목 외의 자	1년 1년 6개월
4. 제35조의2제1항제4호에 해당하는 자	6개월
5. 제35조의2제1항제5호에 해당하는 자 가. 1억원 이상의 뇌물을 준 자 나. 1천만원 이상 1억원 미만의 뇌물을 준 자 다. 1천만원 미만의 뇌물을 준 자	1년 6개월 3개월

민간투자법은 일반법적 성격으로서 대상시설, 추진방식, 추진절차, 지원제도, 운영·감독·제재조치 등 일반적 사항을 종합적으로 규정하나, 특별법적 성격으로서 민간투자사업에 관하여 각 관계법률의 규정에 우선하여 적용된다(동법 제3조 제1항).

2. 민간투자법상의 부정당제재의 효력범위



동법시행령 제35조의2 제1항 “민간투자사업 참가자격”을 제한하여야 한다. 의미는 조달청 등 건설공사수주의 영역을 정부조달사업과 민간투자사업을 구분할 때 국가조달사업의 입찰참가제한이 아니라 민간투자사업에만 입찰참가자격을 제한하여야 하는 것으로 해석된다.

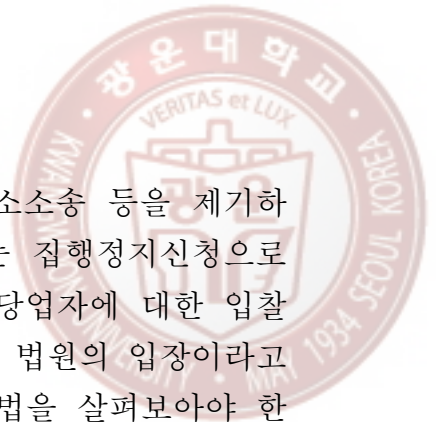
3. 민간투자법상의 부정당제재에 대한 구제방안

(1) 서

건설산업지식정보시스템(키스콘)을 통해 무기한으로 공개하고 있는 건설기업 제재처분 내역에 시한을 정하는 방안이 추진될 전망이다. 위와 같은 시스템을 통하여 확인해본 결과 민간투자법상의 부정당제재의 사례는 찾아 보기 힘들다. 다만 필자가 국방부 시설본부에 있으면서 국방부 검찰단으로부터 OO건설에 대한 민간투자법상 부정당제재를 하라는 통보를 받고 실제로 부정당제재를 심의하여 결의하고 통보한 사안이 있어 그 사례를 중심으로 민간투자법상의 부정당제재에 대한 구제방안을 검토해 보기로 한다.

(2) 부정당업자 제재에 대한 구제방안 개요

부정당업자에 대한 입찰참가자격제한을 사법상 통지로 보느냐, 아니면 행정처분으로 보느냐에 따라 구제방법이 달라지게 된다. 즉 부정당업자 제재를 사법상 통지로 본다면 이에 대하여 불복할 경우 민사소송절차에 따라 부정당업자제재 무효확인소송을 제기하는 동시에 각 입찰마다 부정당업자제재의 효력을 정지하는 것을 전제로 한 입찰절차중지가처분 등을 신청하는 방법 등에 의하여 구제를 청구할 수 있을 것이나, 부정당업자제재를 행정처분으로 본다면 부정



당업자제재를 받은 자는 부정당업자제재처분취소소송 등을 제기하는 동시에 부정당업자제재의 효력정지를 구하는 집행정지신청으로 구제를 받을 수 있다. 정부계약에 있어서 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한은 행정처분으로 보는 것이 확고한 법원의 입장이라고 할 수 있으므로 행정행위라는 전제에서 구제방법을 살펴보아야 한다⁸⁹⁾.

이러한 구제방법으로는 우선 행정적으로 직권취소제도, 행정심판제도나 국민권익위원회제도, 감사원에 대한 민원제기 등의 방법이 있고, 사법적으로 처분에 대한 행정소송제도가 있다.

보통은 다른 권리구제방안은 실효성이 없어, 사법적으로 처분에 대한 행정소송제도를 활용을 많이 하고 있다.

(3) 민간투자법상의 입찰참가제한처분에 대한 실제사례

1) 사안의 개요

원고는 피고(국방부) 산하 군사시설기획관실이 실시하는 ‘육군 파주·양주 관사 및 간부숙소 민간투자시설사업에 대하여 사업시행자로 선정되기 위하여 사업계획서를 제출하여 피고와 사이에 2011. 9. 29.자로 실시협약을 체결하였습니다.

그런데, 피고는 원고 직원인 남00가 피고 예하 주한미군기지이전사업단 소속 중령인 노00에게 활동비 명목으로 주유상품권 등 금품을 건네고, 위 노00는 남00로부터 받은 주유상품권 중 100만원 상당을 이 사건 사업의 사업계획서 평가위원으로 선정된 공군 소령 김00에게 준 것이 뇌물에 해당한다고 하면서, 사회기반시설에 관한

89) 김성근, 부정당업자 제재의 법적 성격과 구제방안에 대한 고찰, 석사학위논문, 51면



민간투자법 제46조의 2, 동 법 시행령 제35조의2 제1항 제5호에 따라 2012. 6. 25. 원고에 대하여 3개월의 민간투자사업 참가자격 제한처분을 하였다.

2) 집행정지신청

원고측은 본안소송을 제기하면서 집행정지신청을 하였는바, 실무 참고 삼아 본 연구에 인용해 보기로 한다.

효력정지 신청서

신 청 인 주식회사 00건설
 피신청인 국방부장관

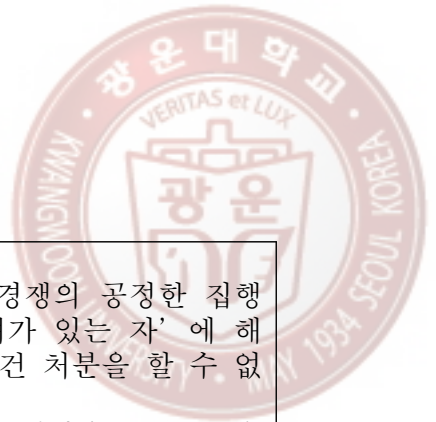
민간투자사업 참가자격 제한처분 효력정지 신청

신 청 취 지

1. 피신청인이 2012. 6. 25. 신청인에 대하여 한 3개월의 민간투자사업 참가자격 제한처분은 서울행정법원 00000호 민간투자사업 참가자격 제한처분 취소 청구사건의 판결선고시까지 그 효력을 정지한다.
2. 소송비용은 피신청인이 부담한다.

신청원인

1. 이 사건의 개요
2. 신청인은 이 사건 처분의 구성요건인 뇌물을 준 자에 해당하지 않습니다.
 - (1) 침익적 행정처분인 민간투자사업 참가자격 제한처분의 요건은 엄격해석되어야 합니다.
 - (2) 신청인은 민간투자법 시행령 제35조 제1항 제5호의 ‘관계 공무원이나 심의위원 회의 위원에게 뇌물을 준 자’에 해당하지 않습니다.



- (3) 신청인은 민간투자법 제46조의2 소정의 ‘경쟁의 공정한 집행 또는 실시협약의 적정한 이행을 해할 염려가 있는 자’에 해당하지도 않으므로 신청인에 대하여 이 사건 처분을 할 수 없습니다.
 - (4) 남00의 독단적인 행위에 대하여 신청인에게 책임을 묻는 것은 책임주의의 원칙에 반하므로 이 사건 처분은 위법합니다.
 - (5) 남00 개인의 행위를 이유로 법인인 신청인에 대하여 제재처분을 하는 것은 행정처분의 과잉금지 원칙, 비례원칙 등에 반하는 것입니다.
 - (6) 신청인의 사업에서 민간투자사업이 차지하는 비중이 상당하므로 이 사건 처분으로 인하여 신청인은 즉각적으로 크나큰 손실을 보게 될 것이 명백합니다.
- 3) 이 사건 처분의 효력은 정지되어야 마땅합니다.
- (가) 대법원은 입찰참가자격제한 처분의 상대방은 그 처분으로 인하여 회복할 수 없는 손해를 입게 되므로, 이러한 손해를 예방하기 위하여 그 처분의 효력을 정지시킬 긴급한 필요가 있다고 선언하였습니다.
 - (나) 이 사건 처분의 취소를 구할 소의 이익의 관점에서도 이 사건 처분의 효력을 정지할 긴급한 필요성이 있습니다.
 - (다) 본건 처분은, 신청인 뿐만 아니라 선량한 신청인의 협력업체 및 임직원들에 대하여 회복하기 어려운 엄청난 손해를 야기하는 바, 본건 처분의 효력은 정지되어야 합니다⁹⁰⁾.

3) 행정소송제기

(가) 원고측이 제기한 쟁점사안

물론 위의 사안에서 원고측은 집행정지 신청을 하면서 동

90) 이 신청서의 전체적인 논리전개가 아주 잘된 것 같아 원고대리인 법무법인의 신청서를 요약해 게재해 보았다. 대한민국 최고의 로펌 효력정지 신청서가 상당히 논리적이고 사실관계를 정확히 하면서 신청인 회사의 금전으로는 회복하기 어려운 긴급한 필요성을 설득력 있게 재판부에 어필하여서 효력정지 신청이 받아들여졌다.



시에 본안소송을 제기하였기 때문에 그 쟁점사안은 집행정치신청서에 제기한 사안과 거의 동일하여 생략하기로 한다.

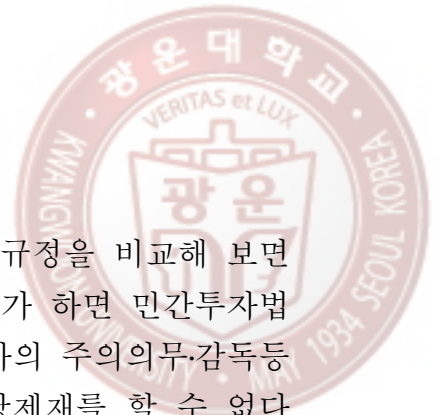
(나) 피고측의 반대논리

이에 대하여 피고(국방부)는 첫째, 원고회사 특수사업팀 부장인 남00가 파주·양주관사 BTL 사업계획 평가시 문제가 없도록 노00래를 통하여 심의위원인 김00에게 뇌물을 전달한 것이고, 둘째 원고회사의 남00의 행위는 원고회사가 책임져야 할 사안이고 남00의 독단적이고 단독적인 행위라고 하여 책임을 회피하는 것은 사업이익은 회사가 누리고 책임은 남00에게 전가하는 것으로서 타당하지 않다. 셋째, 민간투자법령 규정형식상 기속행위이므로 재량권의 일탈 남용은 문제되지 않고 민간투자법이 규정하고 있는 입찰참가자격제한제도의 취지상 심의위원에게 뇌물을 제공하는 행위에 대한 제재는 비윤리기업의 사업비리를 근절하고 민간투자계약의 적정성 및 경쟁의 공정을 도모하려는 공익이 원고회사의 경제적 손실보다 크다고 할 수 있어 비례원칙에 반한다고 할 수 없다.

(다) 행정소송 1심 판결결과

행정법원은 문서제출명령을 통한 피고측의 문서제출등의 법정공방을 통하여 수회 변론기일을 열었고, 이에 대하여 원고측의 승소로 1심은 마무리 되었다. 전체승소취지는 원고회사가 직접 심의위원에게 뇌물을 준 자에 해당하지 않는다고 판단한 것이다. 원심재판부는 원고회사가 직접 심의위원에게 뇌물을 주어 확정판결이 있는 경우에만 적용되는 것으로 아주 엄격한 해석을 하여 원고측의 청구취지를 받아들였다.

(라) 책임주의는 왜 입법에 반영되지 않았는가 등



민간투자법과 국가계약법의 부정당제재규정을 비교해 보면 국가계약법은 책임주의에 상응하는 규정이 있는가 하면 민간투자법은 책임주의에 상응하는 규정이 없다. 즉 사용자의 주의의무·감독등을 다했다면 뇌물을 주는 행위에 대하여 부정당제재를 할 수 없다는 헌법원칙이 동법에 반영되지 않았다는 것이다. 또한 민간투자법은 국가계약법이 임의적, 필요적 제재사유를 규정하고 있는 규정체계에 반하여 기속행위로 민간투자법 및 동법시행령 제재사유가 있다면 필요적으로 제재를 해야 하는 것으로 규정되어 있다. 물론 감경규정도 없다⁹¹⁾.

제8절 비교법적 고찰

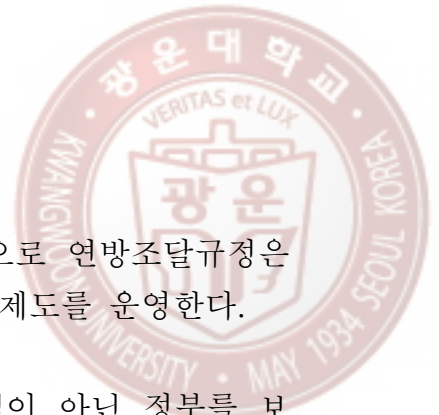
1. 미국의 부정당업자 제재제도

(1) 제도 개요

기본정책으로 연방정부는 책임성이 있는 즉, 계약이행능력이 있는 계약자에 한해 계약을 체결하고 하도급계약에 동의하는 것을 정책으로 하고 있다.

91) 국가계약법 시행령 제76조 (부정당업자의 입찰참가자격 제한)

① 각 중앙관서의 장은 계약상대자, 입찰자 또는 제30조제2항에 따라 전자조달 시스템을 이용하여 견적서를 제출하는 자(이하 이 항에서 "계약상대자등"이라 한다)나 계약상대자등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법 제27조제1항에 따른 부정당업자(이하 "부정당업자"라 한다)인 해당 계약상대자등에게 제27조제1항에 따라 즉시 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 입찰참가자격을 제한하여야 한다. 다만, 계약상대자등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여 입찰참가자격의 제한 사유가 발생한 경우로서 계약상대자등이 그 행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.



이러한 정책을 실행하기 위한 효과적인 수단으로 연방조달규정은 정부계약 참가자격을 제한하는 부정당업자 제재제도를 운영한다.

부정당업자 제재는 재량적 조치이며, 처벌목적이 아닌 정부를 보호하기 위한 공익목적만을 위해 적용되어야 함을 명시한다.

제재의 종류로는 부정당업자 제재에는 제재의 효력기간이 확정적인 자격중지와 조사와 후속 법적 절차 진행기간으로 효력이 제한되는 잠정적 조치인 자격정지로 구분된다⁹²⁾.

한편, 부정당업자 제재의 근거 및 사유에 따라 법률적 제재와 행정적 제재로 구분하기도 한다. 법률상 제재는 부패방지, 불법취업 금지 등 법률 위반에 근거하여 부적격 선언된 제재를 의미한다.

행정적 제재는 사기, 절도, 뇌물, 탈세 등 연방조달 규정에 명시한 제재사유에 의한 제재를 의미한다.

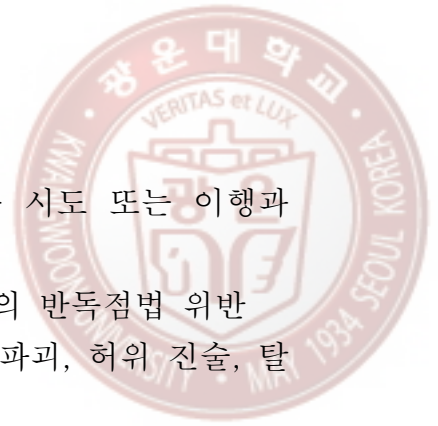
제재의 법적근거로는 연방계약과 관련된 부정당업자 제재에 관한 기본적인 법적근거로 연방조달규정 Subpart 9.4.를 들 수 있다. 이외에 각 기관의 연방조달규정 보충규정에서도 부정당업자 제재에 대해 규정하고 있다.

(2) 제재사유

1) 자격중지 사유

다음에 해당하는 유죄의 선고나 민사판결을 받은 계약자로서

92) 부정당업자 제재 수단으로 효력이 잠정적인 여부에 따라 debarment와 suspension을 규정하고 있는데 편의상 자격중지와 자격정지로 번역하고 자격제한은 양자를 통칭하는 개념으로 사용한다.



- 공공계약이나 하도급계약의 수주, 수주 시도 또는 이행과 관련한 사기행위나 범죄행위
- 입찰서의 제출과 관련하여 연방이나 주의 반독점법 위반
- 횡령, 절도, 위조, 수뢰, 문서의 변조나 파괴, 허위 진술, 탈세 또는 장물 취득 행위
- 미국에서 제조되지 않은 물품에 대하여 고의로 “미국산” 라벨을 부착하거나 이와 유사한 표기를 하는 행위
- 정부 계약자나 하수급자의 현 책임성에 중대하고 직접적인 영향을 미치는 기업의 건전성이나 정직성의 결여를 나타내는 기타 다른 위반 행위

증거우위의 원칙⁹³⁾에 의거할 때 다음의 행위를 한 계약자로서

- 계약조건의 고의적 불이행, 또는 계약의 불이행이나 불완전 이행 등과 같은 자격증지를 정당화만한 정부계약이나 하도급계약 조건의 위반
- 마약 없는 작업장법의 위반⁹⁴⁾
- 미국에서 제조되지 않은 물품에 대하여 고의로 “미국산” 라벨을 부착하거나 이와 유사한 표기를 하는 행위
- 국방물자생산법에 의한 불공정 무역 거래 행위를 한 자이다.

이민법 고용조항을 준수하지 않았다는 국토안보부 장관이나 법무부 장관의 결정이 있는 경우, 정부계약자나 하수급계약자의 현 책임성에 영향을 주는 중대하거나 부득이한 성격의 기타 다른 사유가 있는 경우이다. 발주금지지는 민사소송에서와 같이 ‘증거의 우월’로 충분하다. 따라서 확정판결 이전이라도 충분한 증거에 의하여

93) 증거우위의 원칙이란 부정혐의의 의혹이 있다는 증거가 없다는 증거보다 조금이라도 더 신빙성이 있을 때 의혹을 사실로 인정하는 것이다.

94) 마약 없는 작업장에 관한 계약조항의 위반, 또는 다수의 종업원이 작업장에서 마약금지 법령 위반 범죄 해우이를 하는 등 계약자가 마약 없는 작업장 제공을 위한 충실한 노력을 기울이지 않은 것으로 나타난 경우



발주금지가 가능하나, 일단 법률위반에 관한 민사·형사소송이 제기되어 계류중인 경우 그것만을 이유로 임시 발주제한을 할 수 있다⁹⁵⁾

2) 자격정지 사유

공무원은 충분한 증거가 있는 경우 다음 행위에 대한 혐의가 있는 계약자를 자격정지시킬 수 있다.

- 공공계약이나 하도급계약의 수주, 수주 시도 또는 이행과 관련한 사기행위나 범죄행위
- 입찰서의 제출과 관련하여 연방이나 주의 반독점법 위반
- 횡령, 절도, 위조, 수뢰, 문서의 변조나 파괴, 허위 진술, 탈세 또는 장물 취득 행위
- 마약 없는 작업장법의 위반
- 미국에서 제조되지 않은 물품에 대하여 고의로 “미국산” 라벨을 부착하거나 이와 유사한 표기를 하는 행위
- 국방물자생산법에 의한 불공정 무역 거래 행위
- 정부계약자나 하수급계약자의 현 책임성에 중대하고 직접적인 영향을 미치는 기업의 건전성이나 정직성의 결여를 나타내는 기타 다른 위반 행위

위위 사유로 인한 기소는 자격정지를 위한 충분한 증거가 된다. 공무원이 정부계약자나 하수급계약자의 현 책임성에 영향을 주는 중대하거나 부득이한 성격의 기타 다른 사유로 충분한 증거가 있는 경우에는 자격정지⁹⁶⁾시킬 수 있다.

95) 박정훈, 전계서, 290면.

96) 김종민, '미국정부조달법상 발주금지·제한에 관한 연구', 51면에서 재인용.



(3) 제재기간

1) 자격중지 기간

자격중지 기간은 제재사유의 중요도와 비례하여야 하며, 일반적으로 자격중지 기간은 3년을 초과하지 않는다. 공무원이 정부의 이익을 보호하기 위하여 필요하다고 결정할 경우 자격중지 기간을 추가로 연장할 수 있다. 그러나 최초의 자격중지 조치의 근거가 된 사실과 정황에만 기초하여 연장되지 않음. 이민법 고용조항을 계속하여 위반하고 있다고 결정한 경우 추가로 1년간 연장 가능하다. 자격중지 기간을 연장하기 위해서는 새로운 자격중지 절차를 밟아야 한다.

공무원은 다음과 같은 사유에 대해 계약자의 서면요청을 받아 자격중지 기간이나 범위를 경감할 수 있다.

- 새로운 물적 증거의 발견
- 자격중지의 근거가 된 유죄선고나 민사판결의 번복
- 소유권 또는 경영권의 선의의 변경
- 기타 자격 중지 사유의 소멸
- 기타 자격중지 담당 공무원이 타당하다고 인정한 사유

2) 자격정지 기간

자격정지 기간은 자격정지 담당 공무원이 조기에 종료하지 않는 한, 조사의 완료와 후속 법적 절차 진행 기간 동안의 임시적인 기간이다.

자격정지 통지 후 12개월 이내에 법적 절차가 개시되지 않으면 자격정지는 종료된다. 자격정지 담당 공무원은 12개월의 자격정지



기간 종료 최소 30일 전에 법무부에 종료사실을 통보하여 기간 연장을 요청할 기회를 제공하여야 한다.

(4) 제재절차

1) 자격중지 절차

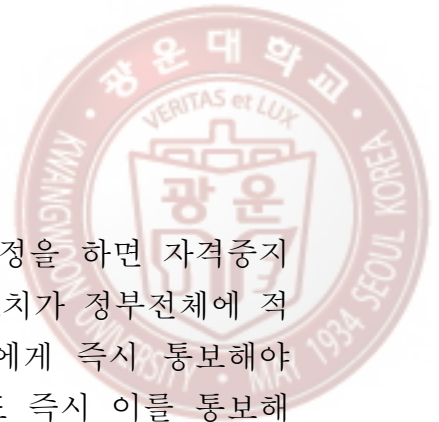
의사결정과정은 각 기관은 가능한 한 비공식적인 자격중지 의사결정 절차를 수립해야 하며, 이러한 절차는 공정성의 근본 원칙에 부합되어야 한다. 동 절차는 계약자에게 직접, 서면으로 또는 대리인을 통해 예정된 자격중지에 반대하는 정보 제출과 이의제기 기회를 주어야 한다.

유죄선고나 민사판결에 기초하지 않은 사건에 있어서, 계약자의 이의제기가 중요한 사실에 관한 진정한 다툼을 일으킨다고 판명되면, 각 기관은 다음의 조치를 취하여야 한다.

- 계약자에게 변호사를 대동한 출두, 서류증거 제출, 증인 출석 및 기관 관계자 대면 기회를 제공
- 자격중지 절차에 관한 기록 사본을 만들어 계약자의 요청시 계약자의 비용으로 제공한다.

자격중지안 통지는 다음의 내용을 포함한 자격중지 예정 통지서를 발행하여 계약자에게 배달증명 우편으로 송부해야 한다.

- 자격중지가 고려되고 있다는 사실, 자격중지 대상 행위와 사유, 계약자가 통지 수령 후 30일 내에 이의제기가 가능하다는 내용, 자격중지 결정 절차, 자격중지 예정 통지의 효과 및 자격중지 조치의 예상 효력 등이다.



자격중지 결정의 통지는 공무원이 자격중지 결정을 하면 자격중지 사유, 자격중지 기간과 효력발생일, 자격중지 조치가 정부전체에 적용된다는 내용 등을 배달증명우편으로 계약자에게 즉시 통보해야 한다. 자격중지를 하지 않기로 결정한 경우에도 즉시 이를 통보해야 한다.

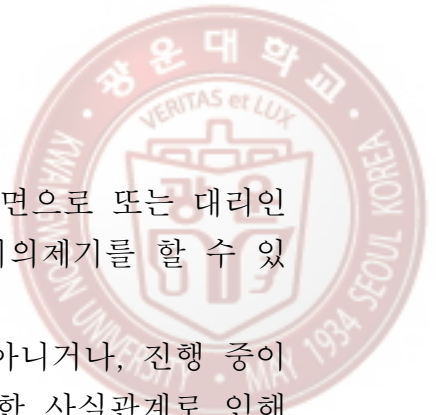
2) 자격정지 절차

자격정지의 의사결정과정은 각 기관이 가능한 한 비공식적인 자격정지 의사결정 절차를 수립해야 하며, 이러한 절차는 공정성의 근본 원칙에 부합되어야 한다. 동 절차는 계약자에게 직접, 서면으로 또는 대리인을 통해 예정된 자격중지에 반대하는 정보 제출과 이의제기 기회를 주어야 한다. 기소에 기초한 사건에 있어서, 계약자의 이의제기가 중요한 사실에 관한 진정한 다툼을 일으키고, 진행 중이거나 진행될 법적 절차에서 정부의 구체적인 이익이 자격정지와 동일한 사실관계로 인해 침해되리라는 어떠한결정도 없는 경우, 각 기관은 다음의 조치를 취하여야 한다.

- 자격정지 절차에 관한 기록 사본을 만들어 계약자의 요청시 계약자의 비용으로 제공한다.

계약자가 자격정지된 경우 지체 없이 다음을 통보해야 한다.

- 계약자가 자격정지되었다는 사실과 그러한 자격정지가 기소 또는 계약자의 부정당행위에 관한 충분한 증거에 기초하였다는 점
- 자격정지가 조사와 후속 법적 절차의 완료에 의존하는 임시기간이라는 점
- 자격정의 근거 사유
- 자격정지의 효력



- 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 직접, 서면으로 또는 대리인을 통해 자격정지에 반대하는 정보 제출과 이의제기를 할 수 있다는 점이다.
- 만약 자격정지 조치가 기소에 기초한 것이 아니거나, 진행 중이거나 진행될 법적 절차에서 자격정지와 동일한 사실관계로 인해 정부의 구체적인 이익이 침해될 것이라는 결정이 이루어진 경우가 아니라면, 다툼이 있는 사실관계를 결정하기 위한 추가 절차가 행해질 것이라는 점이다.

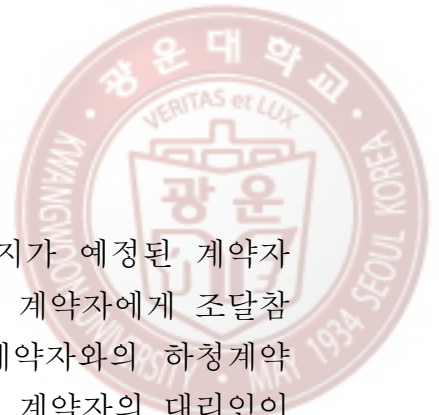
자격정지 담당 공무원은 기소에 의한 사건이거나, 계약자의 정보 및 이의 제출이 중요한 사실에 대한 진정한 다툼을 야기하지 않는 사건, 또는 다툼이 있는 중요한 사실을 결정하기 위해 추가적인 절차가 법무부의 권고에 의하여 거부된 사건에 있어서, 자격정지 담당 공무원은 계약자의 제출서류를 포함한 행정기록의 제반 정보에 기초하여 결정하여야 한다.

다툼이 있는 중요한 사실에 관한 추가 절차가 필요한 사건은 서면 사실조사 결과를 작성해야 하며, 자격정지 공무원은 계약자가 제출한 정보·이의 및 행정기록 상의 기타 정보와 함께 발견된 사실에 기초하여 결정하여야 한다.

자격정지 담당 공무원은 자격정지를 수정 또는 종료할 수 있으며, 그대로 효력을 발생하도록 할 수 있다. 그러나 자격정지를 수정하거나 종료시키는 결정은 다른 기관의 자격정지나 자격중지 처분을 침해할 수 없다.

(5) 제재의 효력

1) 자격제한의 일반적 효력



자격중지나 정지처분을 받은, 또는 자격중지가 예정된 계약자는 계약체결일로부터 배제되며, 각 기관은 이들 계약자에게 조달참가권유를 하거나 계약을 낙찰시키거나 이들 계약자와의 하청계약 체결에 동의할 수 없다. 또한 이들 업체가 다른 계약자의 대리인이나 대표로 정부와 거래 하는 것도 금지되며, 개별보증인으로 행동할 수 없다. 입찰서의 개찰이나 제안서의 접수 후에 계약관은 부정당업자 명부를 검토하여야 한다.

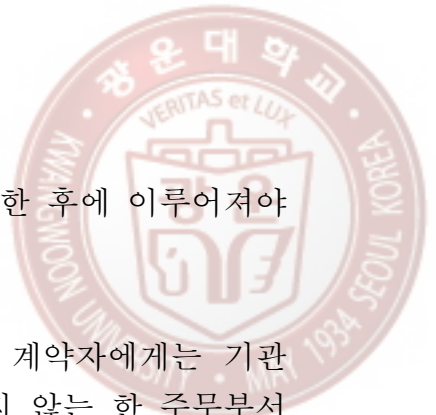
부정당업자 명부에 등재된 계약자로부터 접수한 입찰서는 입찰결과 요약서에는 기재하지만, 기관장이 동 입찰서를 검토해야 할 부득이한 사유가 있다고 서면으로 결정하지 않는 한 거절되어야 한다.

부정당업자로부터 접수한 제안서, 견적서, 또는 청약서는 기관장이 부득이한 사유가 있다고 서면으로 결정하지 않는 한 제재기간 동안 낙찰을 위해 평가되거나 경쟁범위에 포함되어서는 아니되며, 시담(discussion)이 이루어져서도 아니된다.

제재기간이 낙찰 이전에 만료되거나 종료되는 경우 계약관은 동 제안서나 견적서를 검토할 수는 있으나 꼭 그렇게 해야 되는 것은 아니다.

2) 진행 중인 계약의 효력

자격중지, 정지 또는 자격중지 예정에 관계없이 각 기관은 기관장이 달리 지시하지 않는 한 계약자가 자격중지, 자격정지 또는 자격제한이 예정된 때에 존재하는 계약이나 하청계약을 계속할 수 없다. 계약종료의 형태에 관한 결정은 계약 및 기술 담당자의 검토



와 예정된 처분의 타당성에 대한 법률자문을 구한 후에 이루어져야 한다.

자격중지, 자격정지 또는 자격제한이 예정된 계약자에게는 기관장이 부득이한 사유가 있다고 서면으로 결정하지 않는 한 주무부서는 다음을 하여서는 아니된다.

- 불확정 수량 계약에서 보장된 최소 수량을 초과하여 주문하는 것
- 이용여부가 선택사항인 연방공급목록계약, 일괄구매계약 또는 기본주문협정하에서의 주문
- 새로운 과업의 추가, 옵션 행사 또는 기타 현행 계약이나 주문기간의 연장

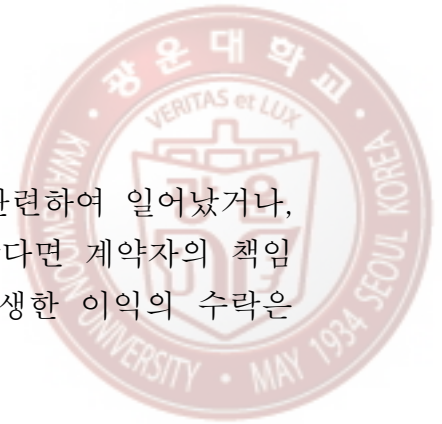
3) 하도급계약의 제한

기관장이 부득이한 사유로 인해 서면으로 승인하지 않는 한, 계약관은 정부의 승인을 요하는 하도급계약에 있어서 자격중지, 자격정지 또는 자격제한이 예정된 계약자와의 하도급계약에 동의할 수 없다. 계약자는 자격중지, 자격정지 또는 자격제한이 예정된 자와 부득이한 사유가 없는 한 25,000달러 이상의 하도급계약을 체결할 수 없다.

(6) 제재조치의 적용범위

1) 제재받는 자의 범위

계약자와 관련된 임원·이사·주주·동업자·직원 또는 기타 개인의 부정행위, 범죄행위, 또는 기타 중대한 부정당 행위가 계약자를 위



한 또는 계약자를 대신한 개인의 의무이행과 관련하여 일어났거나, 또는 계약자의 인지·승인 또는 묵인으로 일어났다면 계약자의 책임으로 할 수 있다. 계약자의 동행위로부터 발생한 이익의 수락은 그러한 인지·승인 또는 묵인의 증거가 된다.

계약자의 부정행위, 범죄행위, 또는 기타 중대한 부정당행위는 계약자의 행위에 참여하거나 계약자의 행위임을 알았거나 알사유가 있는 계약자와 관련된 임원·이사·주주·동업자·직원 또는 기타 개인에게 책임을 돌릴 수 있다.

합작 투자나 이와 유사한 협약에 참가하는 한 계약자의 부정행위, 범죄행위, 또는 중대한 부정당행위는 그 행위가 합작투자나 유사한 협약을 위하여 또는 대신하여 또는 이들 계약자의 인지·승인 또는 묵인으로 일어났다면 다른 참여 계약자의 책임으로 돌릴 수 있다.

자격제한 결정을 특정 부서나 조직 부문, 또는 물품으로 한정하지 않는한 자격제한은 계약자의 모든 부서나 기타 조직 부문에 미치며, 자격제한 공무원은 자격제한 결정을 계약자의 관계사에도 적용할 수 있다.

2) 타 기관 계약에의 적용여부

계약자에 대한 자격제한이나 예정된 자격제한은 연방정부의 모든 행정 기관에 적용된다. 다만, 기관장 또는 그 위임을 받은 자가 그 기관과 계약자간의 지속적인 거래를 정당화하는 부득이한 사유를 서면으로 진술한 경우에는 예외로 한다.

(7) 권리구제 방안



1) 제재처분 과정에서의 권리구제 방안

연방조달규정은 자격중지나 자격정지 등 제재처분 과정에서 대상자에 대한 통보의무, 정보제출 및 이의제기 기회 제공 등 권리구제 절차를 마련하였다.

2) 사후 권리구제 방안

미연방정부 계약과 관련된 일반적인 권리구제 수단에는 발주처에 대한 이의신청, 감사원에 대한 이의신청, 연구청구법원에 대한 소송, 계약분쟁조정위원회에 대한 심사청구 등이 있다.

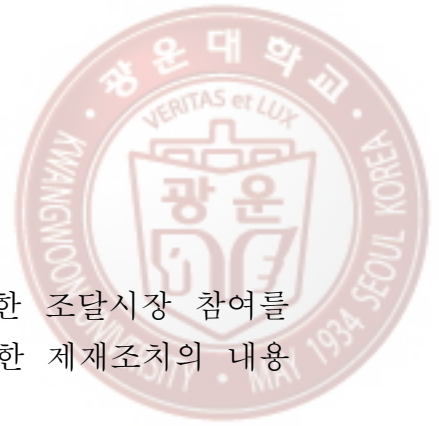
자격중지 및 자격정지 등 조달참가 제한과 관련된 이의신청은 발주처에 대해서만 가능하다.

부정당업자 제재처분에 대한 사법적 구제수단으로 연방청구법원에 소송제기 가능하다. 발주처가 자격중지나 자격정지 결정 과정에서 연방조달규정의 절차적 요건을 준수하는 한, 부정당업자 제재 처분을 받은 자가 헌법상의 적법 절차 요건 위반을 이유로 승소하기는 어렵다.

통상 제재처분이 “자의적이고, 일관되지 않거나 재량권의 남용이거나 또는 기타 법 위반인 경우”가 아닌 한 무효로 하지 않았다. 부정당업자 처분을 받은 자는 사법적 구제수단을 강구하기 전에 모든 이용가능한 행정적 구제 노력을 다해야 한다⁹⁷⁾.

2. 캐나다의 부정당업자 제재제도

97) 이상은 미국의 부정당업자제재제도, 조달청 발표자료 인용, 2007년도.



(1) 제도 개요

캐나다는 1996년부터 불량 조달업체에 대한 조달시장 참여를 배제하는 내용의 성과관리정책을 만들고, 이러한 제재조치의 내용을 입찰서류 약관에 포함시키고 있다.

현재는 모든 구매계약 결정시 과거의 부실실적을 반영할 수 있는 데이터베이스가 구축되어 있고, 제재조치를 받아 정부조달에 참여가 제한된 업체 리스트를 운영하고 정부의 계약담당 공무원만이 볼 수 있도록 하고 있다.

제재조치는 접근금지, 잠정중단, 조건부과의 세가지 유형이 있고, 이 조치가 완료된 후에도 일정기간동안은 집행유예와 같이 특별감시대상으로 지정하여 관리하고 있다.

(2) 부정당업자의 개념

캐나다에서는 poor performance에 대해서 제재를 하는데, 구체적인 계약내용에 따라 달라질 수 있으므로, 제재대상인 부정당행위의 구체적인 정의는 정해져 있지 않다. 다만 공급자 매뉴얼에서 예시하고 있는 것은, default, 납기지연, 하자보증서비스 미흡, 계약에 정한 사양대로 이행하지 않는 경우, 고의적 사기이든 아니든 허가받지 않고서 한 대체, 수행하지도 않은 서비스에 대해서 대금청구, 부풀린 대금청구 등임.

(3) 조달시장 참여를 배제하는 법적 근거

형법 제121조(정부에 대한 사기 및 선거기금에 등록한 조달계약자), 제124조(판매 및 구매사무실), 제418조(정부에 대한 하



자있는 물품의 판매)에 의하여 유죄판결을 받은 입찰참가자, 입찰자의 고용인, 하위계약자 등

캐나다 정부가 수립한 조달계약자 성과관리 정책에 따른 성과관리 개선조치(Vendor Performance Policy)에 의하여 입찰참여가 금지된 입찰자가 있다. 또한 하위계약자 및 입찰자의 고용인이 성과관리 개선조치 대상이 되어, 입찰참여가 금지된 경우가 있다. 현행 또는 과거의 정부 계약과 관련해서, 파산한 경우도 있다. 입찰참여자, 하위계약자 및 입찰자의 고용인이 사기, 뇌물공여, 사기성 오해, 차별금지 법률에 반하는 행위를 한 증거가 있는 경우도 있다.

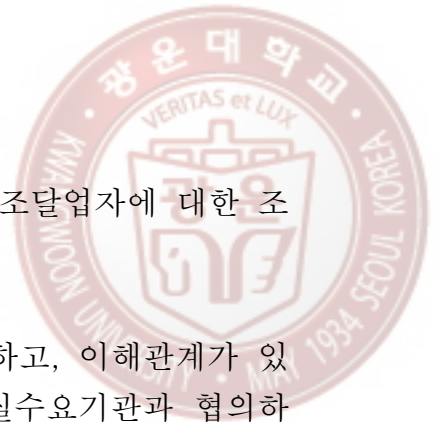
(4) 제제의 종류

접근금지(Debarment)는 3년을 넘지 않는 범위내에서 특정기간 동안 정부입찰에 참여하는 것을 거부하는 조치, 금지기간은 문제의 심각성에 비례하여 결정된다. Poor Performance가 범죄적 성질을 띠는 경우 또는 신의성실 부족으로 인하여 발생된 경우에 취한다.

잠정중단(Suspension)은 심각하거나 복잡한 문제에 대한 조사가 진행중이거나, 정부가 요구하는 내용으로 사업변경이 필요한 경우 잠정적으로 정부입찰변경을 하지 않은 경우에 취해진다. 조사가 진행중인 사안에 대해서는 조사가 끝날 때까지 잠정적으로 정부입찰에 참여하는 것을 거부하고, 조사가 끝나면 추가적인 제재조치를 취하거나 suspension을 해제한다. 정부에서 사업내용 변경을 요구한 경우, 공급업체가 사업변경을 할 때까지 중단조치가 적용된다.

(5) 제재조치 발동절차

제재조치는 불량실적이 중대하거나, 불량실적 기록이 누적된



경우에 발동되는데, 해당부서 또는 지역에서는 조달업자에 대한 조사를 개시하고, 그 결과를 문서화해야 한다.

계약서 파일, 및 vendor에 대한 기록을 검토하고, 이해관계가 있는 여타 부서 및 타지역에 대해서 알려주고, 실수요기관과 협의하고, 증거확보 및 진행과정의 공정성을 확보하기 위하여 법률 부서로부터 검토를 받는다.

해당부서에서 조사결과보고서 및 제재조치 제안서를 작성하면, 구매사업부의 차관보가 검토한 후 국장이 제재조치의 폭과 수준을 결정하는데, 당초 제안된 수준보다 강한 제재조치가 필요하다고 판단할 경우에는 또 다시 의견을 제시할 기회를 주어야 한다.

또한 제재조치에 대해서는 vendor 및 관련조직에게 합리적인 기간을 두어 vendor가 의견을 제시할 기회(서신교환, 협의 등)를 제공한다. 제재내용은 정부 관보에 게재(제재하는 이유는 게재하지 않음)되고, 지방정부, 모든 부처 및 기타 모든 이해관계인에게 통지된다.

제재조치가 유효한 기간동안 계속해서 인터넷 관보에 공지된다. 제재조치가 종료되면, 조치를 발동한 지방정부 및 관련부처는 즉시 조달업체에 통지해야 한다. 제재를 받게 되면, 해당 업체는 관련 공급자 리스트, 자동 조달업체 순환시스템, 상시오퍼에서 제거된다. 제재조치를 받는다고 해서 중대한 위험 또는 긴급한 사유가 없는 한, 현재 조달계약에는 영향을 미치지 않으며 다만 계약내용의 수정이 있을 수 있다⁹⁸⁾.

3. 영국 정부조달에 있어서 부정당업자 제재

98) 조달청, 캐나다의 부정당업자제재 제도 조사. 2007년도.



(1) 개요

우리나라 국가계약법시행령 제76조(부정당업자의 입찰참가자격 제한)는 일정한 사유에 해당하는 입찰자에 대하여 일정기간 입찰을 제한하는 징벌적인 행정처분으로서 부정당업자제제 제도를 시행하고 있다.

그러나 영국은 징벌적 행정처분 성격의 부정당업자제제 제도를 시행하지 않고 있으나 EU 공공조달지침(Directive 2004/18/EC) 및 영국 공공계약규정에 의거 입찰참가를 배제하는 근거는 존재한다⁹⁹⁾.

(2) 영국의 입찰참가 배제에 대한 법적 근거 및 특징

1) 법적 근거

EU 공공조달지침 제45조(후보자 또는 입찰자의 인적 상황)는 절대적 공공계약 참여 배제 및 배제가능 사유를 규정하고 있다. 즉 동조 제1항에서 절대적 배제사유로 ‘범죄조직 참여, 부패, 사기, 돈세탁으로 최종 유죄판결을 받은 경우’ 을 규정하고 있다. 동조 제2항은 임의적 배제사유로서 ‘법률상 파산, 폐업 또는 이와 유사한 경우, 영업상 유죄 행위 또는 중대한 영업상의 위법행위를 한 경우, 사회보장세 지불 의무 또는 조세납부의무 불이행, 허위의 진술 또는 정보를 제공한 경우’ 를 규정하고 있다.

EU 각 회원국은 국내입법을 통해 제45조의 이행요건을 규정해야

99) The Public Contracts regulations 2006, 제23조.



한다.

2) 영국 공공계약규정(The Public Contracts Regulations 2006) 제23조(경제적 거래자의 거절에 대한 기준)

동 규정 제23조에서는 EU 공공조달지침에서 정하는 배제사유에 해당하는 내용을 영국 국내법령에 맞추어 규정한다.

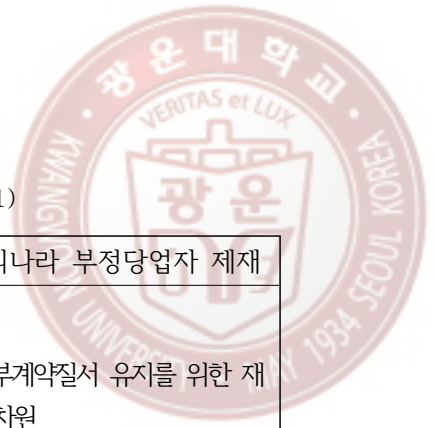
3) 특징

입찰참가 배제의 원인이 되는 행위는 우리나라의 부정당업자제재와는 달리 입찰·계약 과정상의 행위에 의한 것을 전제로 하는 것은 아니다¹⁰⁰). 또한 기업의 사회적 책임과 윤리성 제고라는 요소가 정부조달에 반영된 것으로 평가된다(부패, 사기 영업상의 위법행위, 조세나 사회보장세 납부 위반 등)

배제사유가 입찰자의 계약이행능력과 직접적으로 연관된 것은 아니다. “입찰참가 배제”의 효과는 당해 발주기관의 당해 입찰참가에 배제되는 것이며, 타 발주기관의 조달건에 까지 미치지 않는다. 아울러, 일반이익을 우선할 필요가 있는 경우와 같이 예외적인 상황에서는 절대적 배제사유에 해당되더라도 계약당국은 배제를 하지 않을 수 있다.

영국의 경우, 입찰참가 배제 요건을 적용하는데 필요한 세부기준이 존재하지 않는다.

100) 물론, 입찰·계약과정상의 부패나 계약이행과정상의 관련법령 위반으로 인한 경우도 포함되나 입찰·계약과 관련되어야 한다는 전제가 필요한 것은 아니라는 것임.



[표] 우리나라 부정당업자 제재제도와외의 비교¹⁰¹⁾

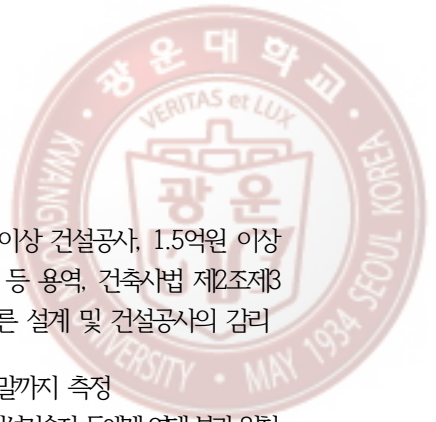
구분	영국의 입찰참가배제	우리나라 부정당업자 제재
1. 목적	<ul style="list-style-type: none"> •정부조달분야의 윤리성 제고(절대적 배제사유) •남여고용·근로조건 평등, 사회보장, 환경보호 등의 사회적 책임성 제고(임의적 배제사유) 	<ul style="list-style-type: none"> •정부계약질서 유지를 위한 제재 차원
2. 원인행위	<ul style="list-style-type: none"> •정부계약행위와 직접적 연관성을 전제로 하지 않음 	<ul style="list-style-type: none"> •정부계약행위 또는 이행과정과 직접적으로 관련
3. 효과	<ul style="list-style-type: none"> •개별 발주기관/개별 조달건에 따라 적용 	<ul style="list-style-type: none"> •제재처분시 공공조달 전체에 입찰참가 배제
4. 통일된 기준	<ul style="list-style-type: none"> •배제 사유를 제외하고는 별도의 명문화된 기준 없음 	<ul style="list-style-type: none"> •제재기간, 효과, 공표 등에 대하여 법령으로 명문화
5. 제도의 탄력성	<ul style="list-style-type: none"> •임의 배제사유는 계약의 특성에 따라 적용여부를 발주기관이 판단 	<ul style="list-style-type: none"> •발주기관은 의무적으로 입찰참가를 제한 •부득이한 사유가 없는 한 수의계약도 불가

제3장 부정당제재처분과 벌점부과제도

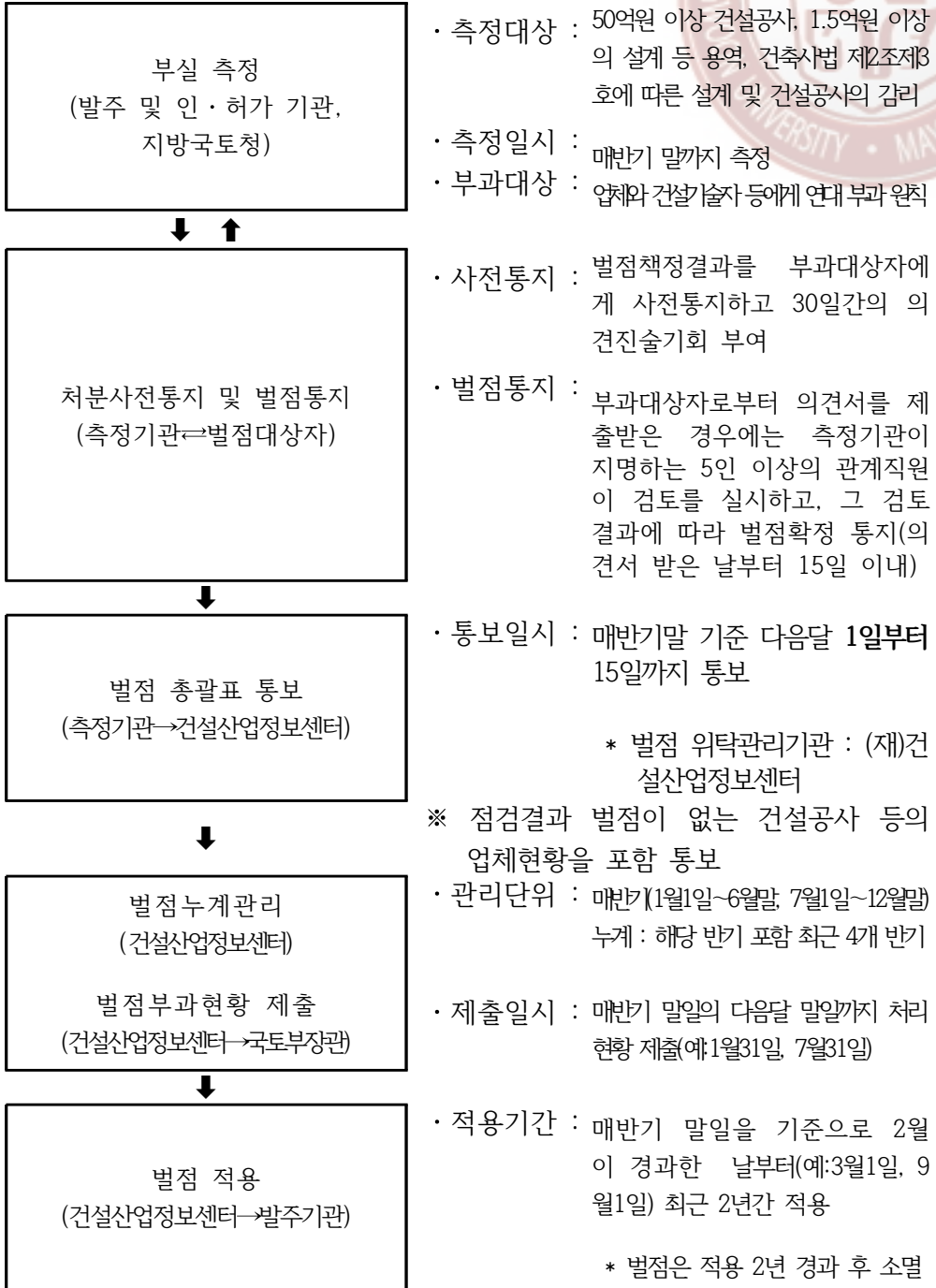
제1절 벌점제도의 도입배경

경미한 부실이 대형사고로 이어질 수 있으므로 건설관련법령에 의하여 영업정지 등 행정처분되는 중대한 과실 이외에 경미한 부실공사 및 용역이 발생한 경우 해당업체 및 관련 기술자에게 벌점을 부과하고, 벌점에 따라 입찰참가제한 또는 PQ시 감점 등 불이익을 줌으로써 부실에 대한 경각심을 높이고 근원적으로 부실공사 및 부실한 타당성 조사를 방지하기 위하여 도입되었다. 법적 근거는 건설기술관리법 제21조의4이다. 실제로는 건설공사현장에서 시공자에게 또는 감리전문회사에 부과되는 부실벌점은 입찰참가제한의 효과에 PQ시 감점 불이익은 수주를 거의 불가능하여 부실벌점을 부과받은 자는 사활에 걸린 문제로서 그 절차의 적정성, 실제적 진실, 부정당제재사유와 구별여부, 중복여부, 구제방법등이 문제된다고 할 수 있다.

101) 영국정부조달에있어서 부정당업자제재, 외교통상부영국대사관 출처, 2007년도



제2절 벌점제도 관리 흐름도¹⁰²⁾



102) 벌점제도 운영요령 2012. 12. 국토해양부



제3절 별점제도의 운영

1. 근거

별점부과의 법적 근거는 「건설기술관리법」 제21조의4(건설공사 등의 부실측정), 같은 법 시행규칙 제27조(건설업자 등의 별점관리), 제28조(건설공사 등의 부실측정기준 등) 및 시행규칙 [별표 10] 「건설공사 등의 별점관리기준」이다.

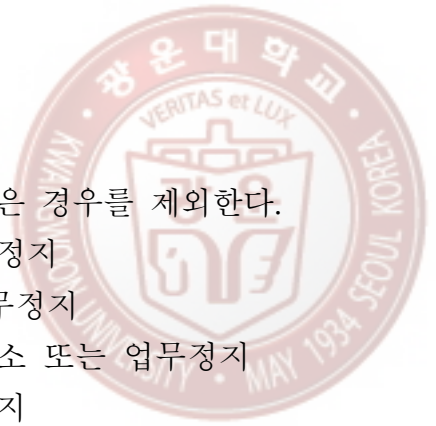
2. 측정대상

- 토목공사는 총공사비(관급자재비를 포함한 총사업비에서 보상비 제외) 50억원 이상
- 건축공사는 총공사비 50억원 이상, 바닥면적의 합계가 1만 제곱미터 이상
- 설계 등 용역·「건축사법」 제2조제3호에 따른 설계·건설공사의 감리는 총용역비 1.5억원 이상
- 기타 국토해양부장관, 발주청 또는 건설공사의 허가인가승인 등을 한 행정기관의 장이 필요하다고 인정하는 설계등 용역·「건축사법」 제2조 제3호에 따른 설계·건설공사의 감리 또는 건설공사가 측정대상이 된다.¹⁰³⁾

3. 별점 적용대상

별점 적용대상은 시행규칙 [별표10]의 「건설공사 등의 별점관리기준」에서 부실내용을 정한 경우 및 이와 관련하여 시정명령 등을 받은 경우에 별점을 적용한다. 다만, 관계법령에서 건설공사

103) 준공된 건설공사도 부실측정 및 별점부과 가능(2013년 1월 1일부터 시행)



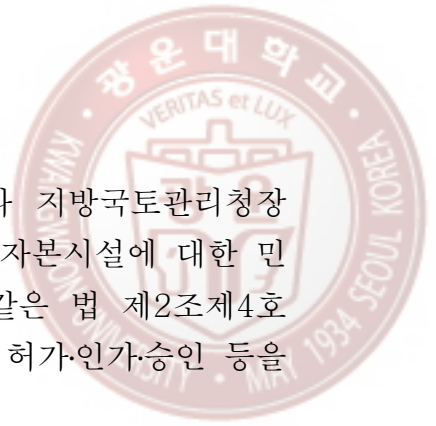
- 의 부실과 관련하여 다음 각목의 처분 등을 받은 경우를 제외한다.
- 가. 「건설기술관리법」 제6조의4에 따른 업무정지
 - 나. 「건설기술관리법」 제20조의4에 따른 업무정지
 - 다. 「건설기술관리법」 제30조에 따른 등록취소 또는 업무정지
 - 라. 「건설기술관리법」 제33조에 따른 업무정지
 - 마. 「건설산업기본법」 제82조 및 제83조에 따른 영업정지 및 등록말소
 - 바. 「주택법」 제13조에 따른 등록말소 또는 영업정지
 - 사. 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조에 따른 입찰 참가제한(설계 등 용역을 부실하게 수행한 설계 등 용역업자에 한한다)
 - 아. 「국가기술자격법」 제16조에 따른 자격취소 또는 자격정지
- 자. 그 밖의 관계법령에 따른 가목부터 아목에 준하는 행정처분

4. 별점 부과대상자

별점 부과대상자는 건설업자, 주택건설등록업자, 설계 등 용역업자(「건축사법」 제23조제2항에 따른 건축사사무소개설자를 포함한다), 감리전문회사와 이에 고용된 건설기술자감리원 또는 건축사이다.

공동도급하는 경우 별점부과 방법은 공동이행방식의 경우 공동수급체의 구성원 모두에게 공동수급협정서의 출자 비율에 따라 부과. 다만, 부실에 대한 책임소재가 명확히 규명된 경우에는 해당 구성원에 대하여만 부과하고 분담이행방식 경우에는 분담한 업체 별로 부과한다.

5. 별점 부과기관



국토해양부장관(시행령 제127조제2항에 따라 지방국토관리청장에 위임)이 부과할 수 있고, 발주청(사회간접자본시설에 대한 민간투자법에 의한 민간투자사업인 경우에는 같은 법 제2조제4호에 따른 주무관청을 말한다.) 및 건설공사의 허가·인가·승인 등을 한 행정기관의 장이 부과기관이다.

6. 벌점 측정결과 사전통지 및 검토

측정기관이 부실사항을 인지한 후 해당 반기내에 벌점을 부과하는 것을 원칙으로 한다. 측정기관의 장은 부실사항에 대하여 해당 업체(현장대리인을 포함한다) 및 건설기술자 등의 확인을 받아 주요부실내용을 기준으로 벌점을 책정하고, 그 결과를 벌점부과의 대상자에게 통지하여야 한다. 다만, 당해 공사와 관련하여 감사기관이 처분을 요구하는 경우 또는 당해 업체(현장대리인을 포함한다) 또는 건설기술자 등이 부실 확인을 거부하는 경우에는 처분요구서 또는 사진촬영 등의 증빙자료를 근거로 하여 벌점을 책정할 수 있다.

측정기관의 장은 벌점의 책정결과를 통지하고자 하는 경우에는 미리 30일 이상의 기간을 정하여 벌점 부과대상자에게 의견 제출의 기회를 주어야 하며, 의견서를 받은 날부터 15일 이내에 의견을 제출한 자에게 제출의견에 대한 검토결과를 통보하여야 한다. 이 경우 부과대상자가 제출한 의견에 대한 검토는 측정기관의 장이 지명하는 5인 이상의 관계직원이 실시하여야 한다. 측정기관의 장은 의견서 검토결과 부실사실의 확인과 벌점의 책정에 착오 등 명백한 하자가 있음이 발견된 경우에는 벌점의 책정 결과를 정정한 후 벌점을 통지를 하여야 한다.

제4절 벌점부과에 대한 구제방법



1. 개요

기존에는 별점부과가 행정처분이나 사법상 구제는 어느 절차를 밟아야 하는지 논란이 있었으나 최근에는 판례가 어느 정도 정립되고 그 구제수단에 대한 논의가 완성되어 그에 대한 판례가 정립되어 있는 듯한 모습이다. 입찰참가제한과 같은 권리구제수단으로서 사법적 구제수단으로 일단 집행정지를 신청하면서 부실별점부과처분 취소소송의 행정소송을 통하여 권리구제를 받는 것이 정형화된 구제수단이다. 다만 행정절차법상 절차적 권리로서 부실측정위원회가 끝나고 부실측정결과를 측정대상자에게 통보하면서 30일간의 이의신청기한을 주고 있고, 그 이의신청에 대하여 의견서를 법무법인인 대리하여 작성하여 제출한 결과 부실별점이 부과되지 않는 경우도 생기고 있다¹⁰⁴⁾.

2. 이의신청 단계에서의 권리구제

(1) 구체적 사례

1) 사건개요

발주청은 ‘육군 5정비창 이전사업 시설공사(이하 “이 사건 공사” 라고 합니다)’를 수행하는 과정에서, 이를 감독할 공사관리관으로 최00을 임명하였고, 감리전문회사 사이에 계약기간을 2009. 1. 2.부터 2011. 4. 30.까지로 하는 전면책임 감리계약을 체결하였습니다.

104) 최근 국방부에서 부실별점을 부과하지 않은 사례가 있다.



- 발주청은 이 사건 공사현장에서 발생하는 임목폐기물의 처리를 위하여 000 환경산업(주)와 사이에 계약기간을 2008. 12. 29.부터 2009. 12. 28.까지로 하는 폐기물처리계약을 체결하였다가, 계약기간을 2010. 12. 2.까지로 연장하는 변경계약을 체결하였습니다.
- 이 사건 5정비창 이전사업은 2011. 4. 30. 아무런 하자가 없이 정상적으로 준공되었습니다.
- 그런데, 2013. 1. 14. 000환경산업 소속 근로자들 2인은, 창덕환경산업이 2010. 7.경 또는 2010. 11.경 자체 계량기를 조작하여 폐기물 중량을 늘렸다고 국민권익위원회에 신고함으로써 국민권익위원회에서 조사에 착수하였습니다. 국민권익위원회는 000환경산업은 이 사건 공사와 관련한 폐기물 처리과정에서 중량계량기 조작을 통하여 총 61,358,304원을 부당편취 하였다는 조사결과를 발주청에 전달하였습니다.
- 이에 발주청은 감리전문회사에 대하여 이 사건 별점측정결과를 통보한 사안인데, 발주청이 적시한 구체적 감리업무소홀사유로는
- 전기담당 감리원에 의한 폐기물처리 업무전담

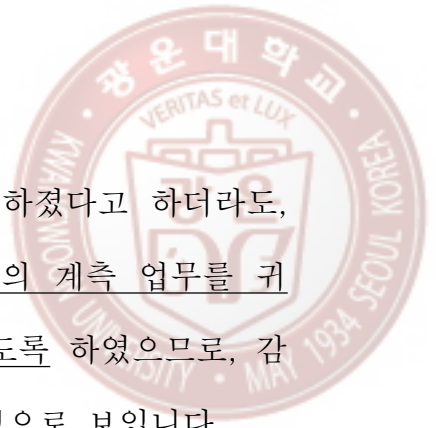


- 폐기물 반출 현장 미입회
- 폐기물 반출증미확인, 중량검측 미확인
- 위와 같은 결과로 국고손실 61,358,304원이어서 부실별점 부과

2) 감리전문회사의 대리인의 의견요지

발주청의 통보 내역에는 부실별점의 대상사업, 부실항목, 부실번호, 별점측정결과 등은 기재되어 있으나, 구체적인 사실관계가 전혀 기재되어 있지 않아 감리전문회사가 어떠한 업무행위가 부실별점의 부과대상이 되었는지 정확하게 알 수가 없습니다. 다만, 감리전문회사가 여러 경로로 파악한 바에 따르면, 육군 5정비창 이전사업과 관련하여 폐기물운송업체(00 환경산업)가 임목폐기물의 운송중량을 조작하여 약 6천만 원 정도를 부당편취하였다는 사실이 적발되었으므로, 위 이전사업의 책임감리업체인이 부실감리를 하였다는 것입니다. 그러나, 감리전문회사가 파악한 바로는, 폐기물운송업체가 운송중량을 조작한 사실이 전혀 없는바, 이 사건 부실별점 측정은 사실관계 자체를 오해한 것으로 보입니다.

2) 임목폐기물의 처리시 운송중량의 계측 업무가 설령 계약



에 의하여 감리범위에 속하는 것으로 정하졌다고 하더라도, 그 이후 귀 본부는 입목폐기물 운송중량의 계측 업무를 귀 본부 소속 담당자로 하여금 직접 담당하도록 하였으므로, 감리전문회사의 책임 범위에 속하지 않는 것으로 보입니다.

3) 건설기술관리법 제21조의4 제1항에 따라 감리인에게 부실벌점을 부과하기 위한 요건은 ‘공사감리, 건설공사의 감리를 성실하게 수행하지 아니함으로써 부실공사가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우’ 이어야 합니다. 그런데, 이 사건의 주된 공사이자 감리전문회사의 주된 감리업무의 대상인 ‘육군 제5정비창 이전사업 시설공사’는 아무런 문제가 없이 완공되었는바, ‘부실공사가 발생한 경우’ 또는 ‘발생할 우려가 있는 경우’에 전혀 해당하지 않으므로, 설령 입목폐기물의 중량계측 업무가 감리전문회사의 담당업무이고, 업무를 소홀히 한 사실이 인정된다고 하더라도, 건설기술관리법에 따른 부실벌점부과 대상에는 해당하지 않습니다.

(3) 부실벌점 부과도 입찰참가제한처분처럼 침익적 행정처분이다.

부실벌점 부과도 입찰참가제한처분처럼 침익적 행정처분이다. 침익적 행정처분에 대하여 **대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두 13791 판결**은 “침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으

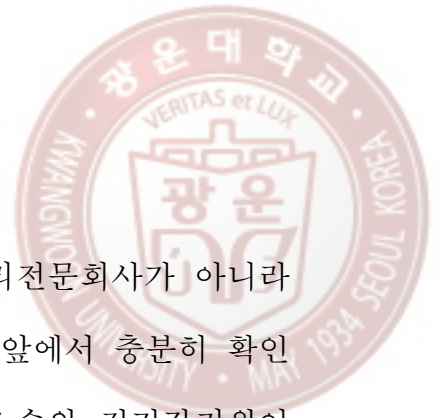
로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 안 될 것” 이라고 판시하고 있어 신중을 기할 것을 요구하고 있다.

그러나 최근 발주청은 국민권익위원회의 통보, 감사원의 통보, 수사기관의 통보등을 받고 전문성 있는 위원회의 부실측정을 하지 않고 부실벌점을 부과하는 경향이 있다. 다행히 감리전문회사는 의견서 제시단계에서 전문가의 도움을 받아 권리구제를 받으려고 해서 대리인이 의견서를 작성해서 현재 구제절차를 진행중인 사안이 위의 사안이다.

대리인은 결론적으로 2) 「건설공사 등의 별점관리기준」 2.11 항목에 해당하지 않다고 주장합니다.

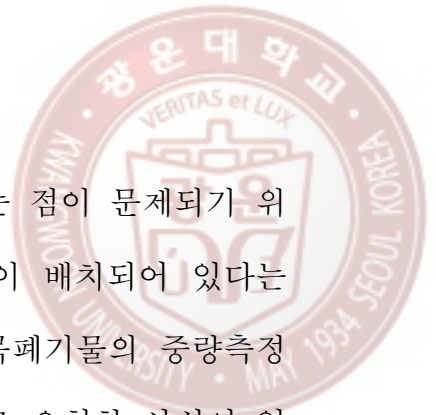
위 별점관리기준 2.11항은 ‘감리업무의 소홀 등’의 제하에 ‘ - 감리원의 자격미달 및 인원부족이 발생한 경우(감리전문회사만 해당한다)’ 및 ‘ - 감리원이 현장을 무단으로 이탈한 경우(감리원만 해당)’ 이라고 규정하고 있습니다.

그리고, 귀 본부는 이 사건과 관련하여 전기감리원이 토목감리를 담당하여 자격미달이었거나, 감리원의 인원부족이 발생하였다고 판단하여 의견제출인에게 부실벌점 2점을, 감리원이 현장을 무단으로 이탈하였다고 판단하여 책임감리원에게 부실벌점 1점을 부과할 예정이라고 파악됩니다.



그런데, 이 사건에서 중량측정업무는 감리전문회사가 아니라 발주청이 직접 담당하기로 한 업무임은 앞에서 충분히 확인한 바 있습니다. 따라서, 감리전문회사 소속의 전기감리원이 일시 토목감리를 담당하였다고 하더라도 부실벌점의 부과근거가 될 수 없습니다. 더욱이, 처분에 이르게 된 구체적인 사실관계를 전혀 파악할 수 없어서, 정확히 어떤 시기에, 어디서, 어떤 전기감리원이 토목감리를 담당하였다는 것인지 여부도 불분명합니다.

또한, ‘인원부족’과 관련해서도 감리전문회사는 최초 감리계약 당시 계획된 감리인원을 모두 현장에 배치하였고, 감리계약을 체결한 후 발주청에 감리원의 배치 현황 및 변경현황을 항상 보고해왔으며, 발주청은 2009. 9. 1.자 및 2010. 10. 25.자 각 상주감리원 변경승인 지시 공문을 송부하여 변경현황을 승인하였는바, 발주청이 감리원의 배치 현황에 관하여는 모두 인지하고 있었으므로, 적정한 수의 감리원이 배치되어 있었다는 점에 관하여는 아무런 의문이 있을 수 없습니다.



마지막으로 감리원이 현장을 이탈하였다는 점이 문제되기 위해서는 중량측정업무를 담당하는 감리원이 배치되어 있다는 점을 전제로 하는 것입니다. 그러나, 임목폐기물의 중량측정을 위한 감리인의 배치를 발주청이 별도로 요청한 사실이 없고, 토목공사 현장에서 발생하는 폐기물의 처리업무, 더더욱 그러한 폐기물의 중량측정 업무가 ‘토목감리인’이 담당하는 고유의 업무가 아니라는 점 역시 명백하며, 중량측정은 발주청이 담당하기로 하였다는 사실도 위에서 설명드렸는바, 이러한 제반 사정을 살펴볼 때 감리전문회사에 대한 부실별점부과 사유를 찾아보기는 어렵다고 의견제시를 하고 있다. 위의 사안은 현재 진행중인 사안이나 만약 의견제출단계에서 감리전문회사의 의견이 받아들여지지 않는 경우, 부실별점이 통보되기전 집행정지를 신청하면서 “부실별점부과처분취소소송”이라는 행정소송을 통하여 권리구제를 받는 것이 보통일 것이다. 감리전문회사는 2점의 별점부과가 pq시 0.5점이라는 감점의 불이익을 부과받아 새로운 감리업무수주에 상당한 제약이 되고 있어 감리전문회사에게는 부실별점2점부과가 사활이 걸린 문제에 봉착하게 되는 것이다.

3. 집행정지



아래의 사건도 집행정지 신청을 2011. 9. 8. 하였고, 9. 28. 인용하는 결정을 하였다.

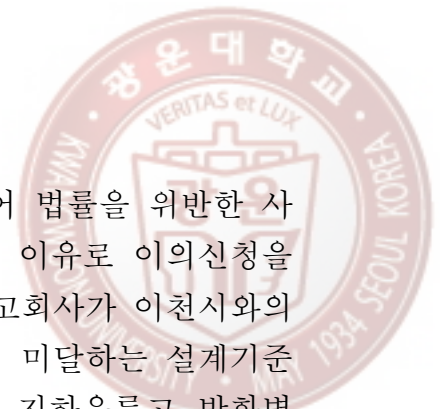
4. 행정소송 본안 제기

(1) 구체적 사례

사건개요는 피고인 국방시설본부장(이하, ‘피고’ 라 합니다)은 2010. 11. 30. 부실벌점 심의위원회를 편성하여 심의한 결과 (주)00 엔지니어링건축사사무소(개설자 송00)와 책임기술자 송00(이하, ‘원고’ 라 합니다)에게 각각 1점씩의 벌점을 부여하여 국토해양부로 통보하였고, 특별한 사정이 없음에도 불구하고 다시 2011. 6. 14. 부실벌점을 재부과하여 원고에 대하여 각 5점으로 변경 부과처분 하였으며, 이러한 변경처분에 대한 원고의 이의신청 후 다시금 2011. 8. 31.자로 원고에 대하여 각 벌금 4점을 부과하는 처분을 하였으며, 위 처분장이 2011. 9. 1.자로 원고에게 송달되었다.

위의 개요를 좀 더 상세히 하면¹⁰⁵⁾ 원고는 건축설계업, 토목설계업 등을 목적으로 설립된 법인이고, 송00씨는 원고 회사의 책임기술자이다. 원고 회사는 2005. 12. 24. 피고와 사이에, 육군 000/000 도하대대 이전사업을 위한 공사에 대한 설계용역계약을 체결한 뒤 2006. 9.경 설계용역을 완료하였고, 이후 공사규모조정을 이유로 2007. 10. 30. 피고와 사이에, 수정설계용역계약을 체결한 뒤 2007. 12. 31. 수정설계용역을 완료하였다. 이 사건 공사는 2010. 6.경 완료되었다. 국방부 감사관실은 2010. 5.경 원고 회사로부터 납품받은 설계서 중 17개 항목에 중대한 설계오류가 발견되어 설계변경을 유발함으로써 국고손실을 초래하게 되었으므로 피고로 하여금 원고 회사에게 환수조치 및 벌점조치를 할 것을 지시하였는

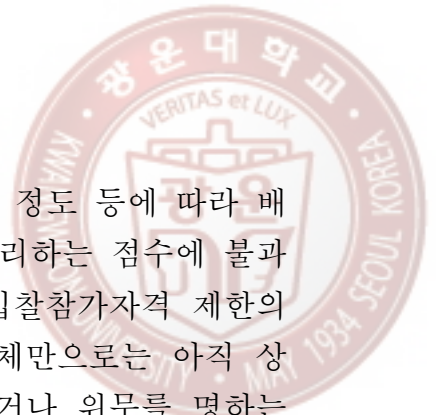
105) 서울행정법원 2011구합 29663 부실벌점부과처분취소. 2012. 7. 12.의 기초사실 참조



데, 이에 대하여는 원고 회사는 설계용역에 있어 법률을 위반한 사실이 없고 심각한 오류에도 해당하지 않는다는 이유로 이의신청을 하였으나, 국방부 감사관실은 2010. 8. 24. 원고회사가 이천시와의 환경영향평가 협의에서 정한 방류수 수질기준에 미달하는 설계기준으로 설계하여 공법변경의 원인을 제공하였고, 지하유류고 방화벽 설치를 누락하여 위험물안전관리법에 위반된다는 이천시의 지적에 따라 설계를 변경하게 되었다는 점을 지적하여 이의신청을 기각하였다. 피고는 부실별점 심의위원회를 편성하여 2010. 11. 1.부터 2010. 11. 30.까지 심의한 결과 2010. 12. 1. 오수처리시설 공법변경에 관하여는 견적서 및 설계사양서상 " 5 ~ 8ppm으로 명기되어 기준에 적합하였으나 토목내역서상 "10ppm"으로 명기됨으로써 인용내용이 불분명하여 설계변경의 사유를 제공하였다는 이유로 원고들에게 각 1점씩 별점을 부과한 반면, 지하유류고 방화벽 추가설치에 관하여는 원고회사가 수정도면을 제출하고 이천시 소방서의 인허가조치를 완료한 설계보완사항으로 판단함으로써 별점을 부과하지 않았다. 그러나 국방부 감사관실은 2011. 2. 22.경 피고에게 원고들에 대한 부실별점을 다시 심의하여 재부과할 것을 지시하였고, 이에 피고는 부실별점 심의위원회를 새로운 위원회들로 다시 구성하여 심의한 결과, 2011. 6. 14. 원고들에게 각 5점으로 별점을 변경하여 부과하였다(이하 '2차 별점 부과'라 한다). 이에 대하여 원고들이 이의신청을 하자, 피고는 부실별점 검토위원회의 검토를 거쳐 2011. 8. 31. 원고들에게 각 4점(오수처리시설 공법변경에 관한 설계도서 작성소홀에 대하여 각 2점, 지하유류고 방화벽 추가설치와 관련한 설계도서 작성소홀에 대하여 각 2점)으로 별점을 변경하여 부과하였다(이하 '3차 별점 부과'라 한다).

(2) 처분성 여부에 대하여

피고는 부실별점은 발주청 등이 건설기술관리법령에 의하여



부실을 측정하여 그 부실내용의 경중 및 피해의 정도 등에 따라 배정하고 재단법인 건설산업정보센터에서 종합 관리하는 점수에 불과한 것으로서 향후 입찰 과정에서의 감점이나 입찰참가자격 제한의 기초자료로 제공하기 위한 것이고, 그 배점 자체만으로는 아직 상대방에 대하여 구체적으로 어떤 권리를 제한하거나 위무를 명하는 등 법률적 이익을 침해하는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 항변한다.

그러나 재판부는 부실별점의 부과는 상대방에게 건설공사의 입찰 등과 관련하여 구체적이고 직접적인 불이익을 발생시키는 것으로서 상대방의 법률상 이익을 침해하는 행정처분에 해당한다고 보아 피고의 항변을 배척했다.

(3) 직권취소의 허용 여부에 대하여

쟁점이 되었던 직권취소의 허용 여부에 대하여 재판부는 행정청이 일단 행정처분을 한 경우에는 행정처분을 한 행정청이라도 법령에 규정이 있는 때, 행정처분에 하자가 있는 때, 행정처분의 존속이 공익에 위반되는 때, 또는 상대방의 동의가 있는 때 등의 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 행정처분을 자의로 취소(철회 포함)할 수 없는 바(대법원 2000. 2. 25. 선고 99두10520 판결 등 참조) 이러한 법리는 수익적 행정행위의 취소 내지 철회에만 적용되는 법리가 아니라 동일한 사유에 관하여 보다 무거운 침익적 행정처분을 하기 위하여 이미 행하여진 가벼운 침익적 행정처분을 취소할 수 있는지가 문제되는 경우에도 동일하게 적용된다고 하면서 1차 별점 부과처분을 취소하고, 동일한 사유에 대하여 보다 많은 별점을 부과한 이 사건 처분은 선행처분인 1차 별점 부과처분에 대한 원고의 신뢰 및 법적 안정성을 저해하는 결과가 되어 허용될 수 없으므로 이 사건 각 처분은 위법하다고 할 것이라고 하여 원고



승소로 마무리 되었다.

제4장 부정당제재처분에 대한 구제방법

제1절 법적성질과 구제방법

1. 개요

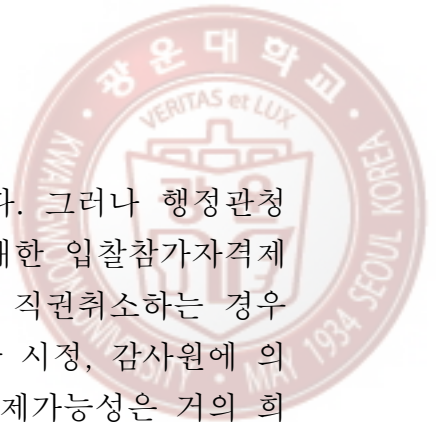
부정당업자에 대한 입찰참가자격제한을 사법상 통지로 보느냐, 아니면 행정처분으로 보느냐에 따라 구제방법이 달라지게 된다. 정부계약에 있어서 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한은 행정처분으로 보는 것이 타당할 뿐만 아니라, 현실적으로 이를 행정처분으로 보는 것이 확고한 법원의 입장이라고 할 수 있으므로 행정행위라는 전제에서 구제방법을 살펴본다.

2. 행정기관에 의한 구제

(1) 직권취소

행정행위의 직권취소라 함은 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 성립상 하자를 이유로 권한있는 행정기관이 그 효력을 원칙적으로 기왕에 소급하여 상실시키는 별개의 행정행위를 의미한다¹⁰⁶⁾. 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한은 침익적 행정행위로 볼 수 있으므로 수익적 행정행위에 대하여 신뢰보호원칙에 따라 취소가 제한되는 것과 달리 취소권자에게 상당한 재량이 허용된다. 부정당업자 제재의 취소는 부정당업자에게 혜택을 주는 것이므로 수익적 행정행위가 취소될 때 의견제출 등의 절차를 거쳐야 하는

106) 김동희, '행정법'(제13판) 330쪽.



것과 달리 반드시 청문절차를 거칠 필요는 없다. 그러나 행정관청이 직접 자신의 잘못을 인정하고 부정당업자 대한 입찰참가자격제한조치를 취소하는 것은 매우 이례적이라 거의 직권취소하는 경우는 없다고 할 수 있다¹⁰⁷⁾. 국민권익위원회에 의한 시정, 감사원에 의한 시정도 기대해 볼 수 있으나 그 실효성과 구제가능성은 거의 희박하다고 할 수 있다.

(2) 행정심판에 의한 시정

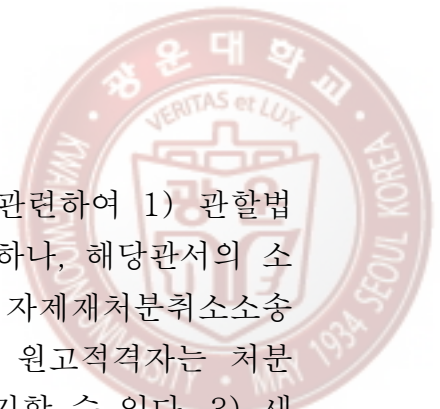
부정당업자에 대한 제재에 대해서는 주로 취소심판을 제기하는 것이 타당할 것이다. 특히 취소소송과 관련하여 종래 행정심판에 대한 필요적 전치주의가 임의적 전치주의로 변경된 현행법제하에서 부정당업자제재를 받은 자는 반드시 행정심판을 제기할 의무가 없으므로 곧바로 행정소송을 제기하는 것이 실무관행이다(행정소송법 제18조 제1항). 다만, 행정심판을 제기하고자 할 경우 특별한 사정이 없는 한 부정당업자제재통보를 받은 날로부터 90일 이내에 심판을 제기해야 하고, 심판청구서에는 청구인의 이름과 주소 등 소정의 사항을 기재해야 하며, 심판청구를 하면서 부정당업자제재의 효력을 정지하기 위하여 집행정지를 신청하는 것이 실무관행이다.

제2절 부정당재제처분에 대한 행정소송

1. 개요

정부계약에 있어서 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한조치를 행정처분으로 보는 이상 위법, 부당한 부정당업자제재에 대해서는 항고소송, 특히 취소소송을 통하여 다투는 것이 가장 바람직하

107) 이명익, 전게서, 157쪽



다고 보이므로 부정당업자제재처분취소소송과 관련하여 1) 관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 하나, 해당관서의 소재지가 지방의 경우 당해 지방법원에 부정당업자제재처분취소소송을 제기해야 한다. 2) 취소소송의 당사자로서 원고적격자는 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 3) 새로운 처분을 한 경우에는 종래의 처분이 아닌 새로운 처분에 대하여 취소청구를 해야 한다. 3) 피고적격은 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 하나, 처분 등이 있는 뒤에 그 처분 등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 하며, 행정청이 없게 된 때에는 그 처분 등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 하므로 부정당업자 제재를 받은 자는 자신에게 부정당업자제재를 부과한 해당관서를 피고로 해야 한다. 4) 제소기간은 원칙적으로 처분 등이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 처분 등이 있는 날로부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못하나, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다(행소법 제20조).

2. 집행정지

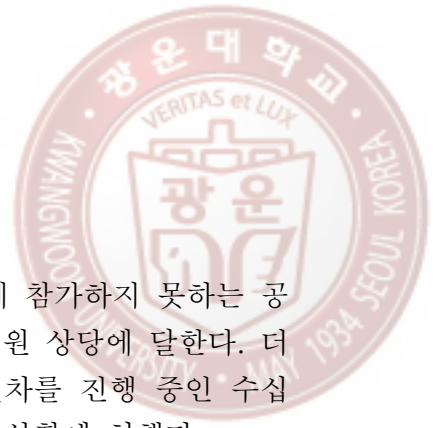
(1) 개요

아래의 건설경제신문 기사를 먼저 보기로 한다.

'부정당업자 제재' 가처분신청 기각된 중견건설사...공동수급 중소사 수십 곳 '타격'108) 45일간 공공공사 못해, 4.4조원 입찰 포기해야

중견건설사인 K사는 법원으로부터 입찰참가자격 제한 집행정지 가처분 신청이 기각돼 이번주부터 모든 공공공사 입찰에 참가하지 못하고 있

108) 건설경제신문, '13. 11. 13. 기사 참조



다.

입찰참가 제한기간은 45일. 이 기간 K사가 입찰에 참가하지 못하는 공사는 규모가 큰 발주처만 추려봐도 대략 4조4000억원 상당에 달한다. 더욱이 K사와 공동수급체를 꾸려 입찰참가를 위한 절차를 진행 중인 수십개 중소기업체들도 K사와 함께 입찰을 포기해야 하는 상황에 처했다.

이처럼 K사와 수십개 중소기업체들에게 막대한 피해가 가는 부정당업자 제재처분은 K사의 현장직원이 감독관에게 1000만원의 뇌물을 제공한 데서 발단이 됐다.

12일 관련기관에 따르면 최근 서울행정법원은 K사가 조달청을 상대로 신청한 입찰참가자격 제한 처분 집행정지가처분을 기각했다.

재판부는 조달청이 K사에 내린 45일간 입찰참가자격 제한처분이 ‘현행 국가계약법령상 발주기관의 재량권에서 벗어나게 최대한 경감했다’고 판단해 가처분을 받아들이지 않은 것으로 알려졌다.

K사의 부정당업자 제재처분은 지난 2009년 현장직원이 건설공사 감독관인 용인시 공무원에게 뇌물을 제공한 사건에서 비롯된 것으로 현행 법령상 1000만원 이상 뇌물 제공은 3개월간 입찰참가자격을 제한할 수 있으나, 지난 9월 본안인 행정처분 취소소송에서 서울행정법원이 ‘뇌물 제공혐의는 일부 인정하나 3개월간 처분은 과하다’며 일부 K사의 손을 들어준 바 있다.

이에 따라 조달청은 지난달 말 계약심사위원회를 다시 열어 K사의 입찰참가제한 기간을 절반인 45일로 줄여 제재했고, 이는 법원판결에서 당시 용인시 공무원이 시공사를 상대로 갈취를 일삼은 것을 확인한 점을 감안했다는 것이 조달청의 설명이다.

K사는 이에 불복해 집행정지 가처분 신청과 함께 행정처분 취소소송을 제기했으나 법원이 가처분 신청을 기각하면서 지난 9일부터 입찰에



참가하지 못하고 있다.

시공사에 갈취를 일삼아온 공무원에게 현장직원이 1000만원의 뇌물을 건넨 일로 인해 K사에 가해진 제재는 가혹할 정도다.

기업이미지의 실추는 차치하더라도 당장 4조4000억원 규모의 입찰에 참가할 수 없게 됐다.

당장 이날 마감한 설계금액 1196억원의 포항영일만신항 인입철도 건설공사 입찰에 참가하지 못했다. 수집일을 걸려 건적을 해놓고도 입찰에 참가하지 못한 것이다.

주요 발주처별로는 도로공사 물량이 밀양~울산 고속도로 등 1조6000억원에 달하고 LH 1조7800억원, 조달청 5000억원, SH공사 4100억원, 철도공단 3000억원 등이다.

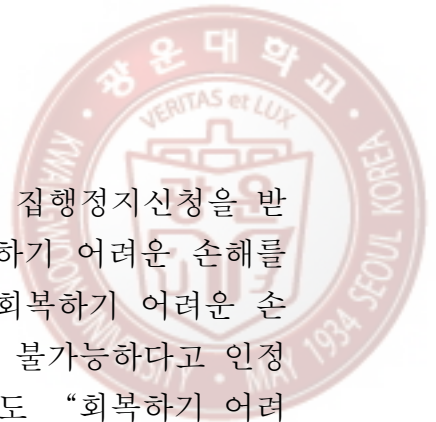
더욱이 K사와 공동수급체를 꾸려 입찰참가를 준비해온 중소기업체들의 피해도 불가피해졌다.

이미 입찰절차가 진행 중이어서 다른 업체들과 공동수급체를 구성할 수도 없어 입찰참가를 포기해야 하는 상황이다.

K사는 가처분 신청 기각에 대해 지난 8일 서울고등법원에 즉시 항고해 가처분인용 결정을 기다리고 있다.

집행정지의 일반요건은 1) 집행정지의 이익이 있어야 한다. 이미 집행이 완료되어 회복이 불가능한 상태에서의 집행정지신청은 신청의 이익이 없어 부적법하다 할 것이다. 2) 본안 소송이 적법하게 계속 중일 것이다(행소법 제23조 제2항, 제38조).

3) 본안 청구의 승소의 개연성이다. 행정청이 적극적으로 적법함



을 소명하여 피보전 권리 없음이 명백한 경우는 집행정지신청을 받아들일 수 없다는 것이 판례¹⁰⁹⁾이다. 4) 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있을 것이다. 회복하기 어려운 손해란 “사회통념상 그 원상회복이나 금전배상이 불가능하다고 인정되는 손해”를 가리킨다는 것이 통설이고, 판례도 “회복하기 어려운 손해라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해를 말하고 이는 금전보상이 불가능인 경우 뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형 무형의 손해를 일컫는다¹¹⁰⁾. 5) 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있지 않을 것이다. 처분의 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있고, 그것이 신청인이 입을 손해를 희생시켜서라도 옹호할 만한 것이라고 인정되는 것일 때는 집행정지를 할 수 없다는 취지이다. 피신청인에게 그 소명책임이 있다 할 것이다.

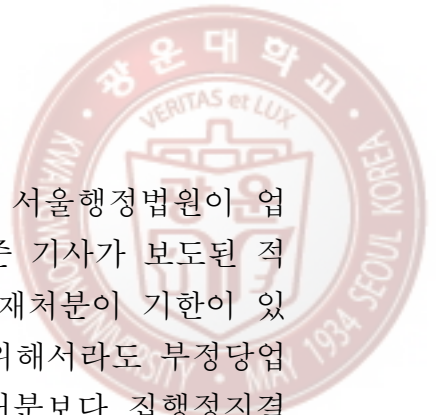
(2) 운용 상 문제점

현행법상 집행부정지가 원칙으로 되어 있고 집행정지는 엄격한 요건 하에 예외적으로만 인정이 되는데 부정당체재처분의 취소소송에서는 오히려 집행이 정지되는 것이 원칙처럼 되고 있다는 점이다. 위의 건설경제 기사에서도 집행정지신청이 기각된 것에 대하여 이례적이라는 식으로 기사를 내고 있다.

방위사업청에서 ‘12년 1월 뇌물과 입찰담합의 사유로 부정당체재 처분을 받은 군납 업체가 법원을 상대로 제기한 “입찰참가자

109) 대법원 1992. 6. 8. 92두14 결정, 1992. 6. 12. 92두13 결정, 1992. 8. 7. 92두30 결정은 신청인의 본안 청구가 이유 없음이 명백할 경우, 집행정지를 할 수 없음으로 판단하고 있다.

110) 대법원 1987. 6. 23. 86두18결정, 1991. 3. 2. 91두1 결정, 92. 4. 29. 92두7 결정 등. 위 요건은 집행정지의 적극적 요건이라고도 하며 신청인에게 소명책임이 있다는 것이 판례이다. 대법원 1986. 3. 7. 86두1 결정



격 제한처분 집행정지 신청”에 대해 3월 8일 서울행정법원이 업체의 신청을 기각하고 방위사업청의 손을 들어준 기사가 보도된 적도 있다¹¹¹⁾. 이에 대하여 결국 부정당업자 제재처분이 기한이 있는 처분으로서 권리구제의 실효성을 확보하기 위해서라도 부정당업자 제재처분에 대하여 종래 법원이 다른 행정처분보다 집행정지결정을 유연하게 허용한 것은 타당하다고 보이고, 오히려 최근에 이르러 이를 엄격하게 심사하는 것은 부적절하다고 보인다는 견해¹¹²⁾도 있다. 또한 더욱 중요한 문제점은 일응의 기준이 없기 때문에 완전히 동일한 사실관계에 대하여 집행정지신청을 담당하는 재판부에 따라 서로 다른 결정이 나오면서 각 신청인들은 법에서 정한 집행정지요건을 신뢰하지 못하고 결국 사법불신으로 이어진다는 비판적인 견해도 있다¹¹³⁾.

3. 부정당업자 제재에 대한 재판상 주요문제

(1) 제재기간이 경과한 경우 소의 이익

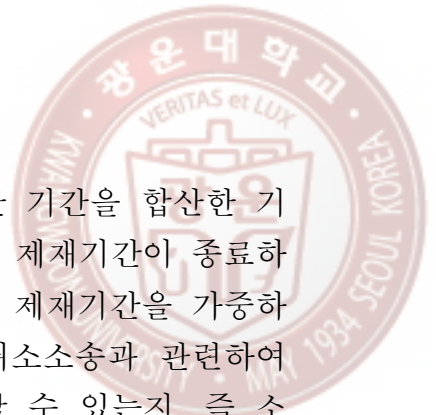
1) 문제의 제기

국가계약법 시행규칙 제76조 제2항은 “입찰참가자격의 제한을 받은 자에게 그 처분일부터 입찰참가자격제한기간 종료 후 6월이 경과하는 날까지의 기간 중 다시 부정당업자에 해당하는 사유가 발생한 경우 자격제한기간을 그 위반행위의 동기·내용·및 횟수 등을 고려하여 별표2에 해당 호에서 정한 기간의 2분의 1의 범위 안

111) 방위사업청 보도자료 ‘13. 3. 11. 사법부, 군납비리 업체에 경종을 울린다. 집행정지를 신청한 업체는 최초 입찰담합주도 및 뇌물공여로 2년의 제재처분을 받았으나, 법원이 입찰담합을 주도하였다는 증거가 없다는 이유로 처분을 취소한 바 있다. 이후 방위사업청은 법원 판결의 취지에 따라 담합주도가 아닌 입찰담합과 뇌물공여로 6개월의 부정당업자 제재처분을 한 사안이다.

112) 김성근, 전계서, 198면 참조

113) 이명의, 전계서, 172면 참조



에서 가중하여 제한할 수 있다. 이 경우 가중한 기간을 합산한 기간은 2년을 초과할 수 없다.” 라고 정하고 있어 제재기간이 종료하더라도 6월 이내에 다시 부정당행위를 한 경우 제재기간을 가중하는 불이익이 존재한다. 부정당업자 제재처분 취소소송과 관련하여 제재기간이 경과한 이후에도 취소소송을 제기할 수 있는지, 즉 소의 이익이 있는지 여부가 문제된다. 즉 정부계약에서 부정당업자로 제재를 받으면 위와 같은 불이익이 존재하는데, 그러한 불이익이 취소소송을 제기할 수 있는 법률상 이익에 해당되는지 여부가 문제된다.

2) 학설

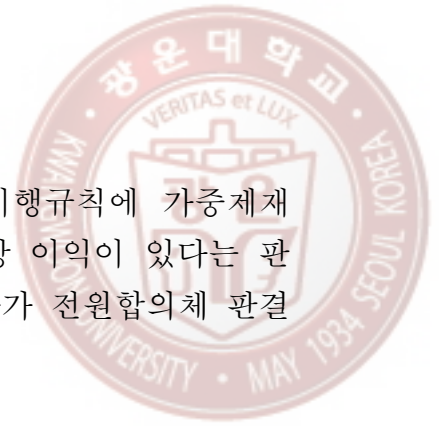
이와 관련하여 행정소송법 제12조 후문의 소위 협의의 소의 이익 또는 권리보호 필요성과 제12조 전문의 원고적격은 근본적으로 프랑스법에서 연유하는 ‘소의 이익’으로서 동일한 본질을 갖는 것으로서, ‘법질서 전체에 비추어 취소소송을 통해 보호할 가치있는 이익’으로 파악되어야 하므로 연대보증인의 결여, 선금지급의 불가능, 공제조합의 운영위원회 위원 자격 불가, 신인도 평가에서 감점 등의 불이익이 법규명령이 아닌 행정규칙에 의거한 것이라고 하더라도 그것이 현실적으로 발생할 불이익이 분명한 한 취소를 구할 법률상 이익이 긍정되어야 한다는 견해가 있다¹¹⁴⁾.

3) 가중사유에 관한 판례

(가) 변경 전 판례(시행규칙상의 가중규정은 법률상 이익에 해당되지 않는다는 판례)¹¹⁵⁾

114) 박정훈, ‘부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제 문제’, 299 ~ 300 면

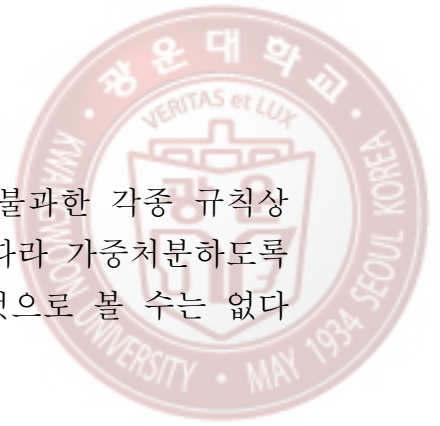
115) 대법원 1995. 10. 17. 선고 94누14148 전원합의체 판결



행정처분의 효력기간은 경과하였는데 시행규칙에 가중제재의 대상으로 정하고 있는 경우 대법원은 법률상 이익이 있다는 판례와 법률상 이익이 없다는 판례로 나뉘어 있다가 전원합의체 판결로 다음과 같이 정리하였다.

“법률상 이익의 개념에 관하여 대법원은 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 간접적 이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 해당하지 아니한다고 판시하여 왔다. 아울러 대법원은, 규정형식상 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 이들을 ” 규칙 “이라고 줄여 쓴다)으로 정한 행정처분의 기준은 행정처분 등에 관한 사무처리기준과 처분절차 등 행정청내의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하므로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없고, 그 처분이 위 규칙에 위배되는 것이라 하더라도 위법의 문제는 생기지 아니하고 위 규칙에 위배되는 것이라 하더라도 위법의 문제는 생기지 아니하고 또 위 규칙에서 정한 기준에 적합하다 하여 바로 그 처분이 적법한 것이라고도 할 수 없으며, 그 처분의 적법여부는 위 규칙에 적합한지의 여부에 따라 판단할 것이 아니고 관계법령의 규정 및 그 취지에 적합한 것인지의 여부에 따라 개별적 구체적으로 판단하여야 한다고 일관되게 판시¹¹⁶⁾하여 왔다. 위와 같은 토대 위에서 대법원은, 제재적 행정처분에 있어서 그 제재기간이 경과된 후에도 그 처분의 효력을 다룰 소의 이익이 있는지 여부에 관하여, 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우 그 처분의 효력 또는 집행이 정지된 바 없다면 위 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되므로 그 기간경과 후에는 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 별다른 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구할 법률상 이

116) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86누281 판결; 1991. 4. 26. 선고 91누179 판결 등



익이 없다고 판시하여 왔고, 한편 행정명령에 불과한 각종 규칙상의 행정처분기준에 관한 규정에서 위반회수에 따라 가중처분하도록 되어 있다고 하더라도 법률상의 이익이 있는 것으로 볼 수는 없다고 판시¹¹⁷⁾하여 온 것이다.”

부정당제재처분도 국가계약법시행규칙에서 가중규정을 두고 있기 때문에 이 판례에 의하면 제재기간이 경과하였다면 소의 이익이 없다고 판단되며, 이에 따라 법원¹¹⁸⁾에서 실제 각하판결을 하였다.

(나) 판례의 변경¹¹⁹⁾

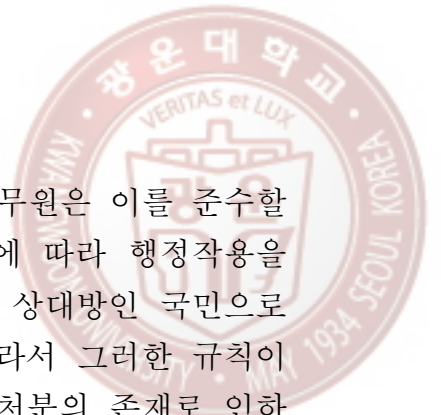
환경영향평가대행업무 정지처분을 받은 환경영향평가대행업자가 업무정지처분기간 중 환경영향평가대행계약을 신규로 체결하고 그 대행업무를 한 사안에서, 업무정지처분기간 경과 후에도 「환경·교통·재해 등에 영향평가법 시행규칙」의 규정에 따른 후행처분을 받지 않기 위하여 위 업무정지처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지에 대해 대법원은 다음과 같이 판례를 변경하였다.

“제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 이들을 ‘규칙’ 이라고 한다)의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분(이하 ‘선행처분’ 이라고 한다)을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분(이하 ‘후행처분’ 이라고 한다)을 하도록 정하고 있는 경우, 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인

117) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93누4755 판결 : 1995. 7. 14. 선고 95누4087 판결

118) 서울고등법원 1997. 4. 23. 선고 96구15338 판결.

119) 대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결



지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수 밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다.

또한, 나중에 후행처분에 대한 취소소송에서 선행처분의 사실관계나 위법 등을 다룰 수 있는 여지가 남아 있다고 하더라도, 이러한 사정은 후행처분이 이루어지기 전에 이를 방지하기 위하여 직접 선행처분의 위법을 다투는 취소소송을 제기할 필요성을 부정할 이유가 되지 못한다.

그러한 쟁송방법을 막는 것은 여러 가지 불합리한 결과를 초래하여 권리구제의 실효성을 저해할 수 있기 때문이다.

이상의 여러 사정과 아울러, 국민의 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항의 취지와 행정처분으로 인한 권익침해를 효과적으로 구제하려는 행정소송법의 목적 등에 비추어 행정처분의 존재로 인하여 국민의 권익이 실제로 침해되고 있는 경우는 물론이고 권익침해의 구체적·현실적 위험이 있는 경우에도 이를 구제하는 소송이 허용되어야 한다는 요청을 고려하면, 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다.”



(다) 판례의 검토

변경된 판례에 의하면 정부계약에 있어 부정당업자 제재와 관련하여 제재의 가중사유를 시행규칙에서 규정했다 하더라도 시행규칙이 법률과 시행령에 근거를 두고 있는 이상 시행규칙이 법규명령인지 여부와 관계없이 종래 부정당업자 제재로 인하여 장래 부정당업자 제재에 대한 가중의 불이익이 존재할 경우 부정당업자 제재를 받은 자는 비록 제재기간이 경과했다 하더라도 선행 제재에 대한 취소소송에서 제재처분의 위법성을 다투게 하는 것이 가장 유효적절한 수단이 된다고 할 것이므로 이제는 선행 부정당업자 제재처분 취소소송에서 제재기간이 경과했다 하더라도 장래 부정당업자로 제재될 경우 가중될 수 있는 불이익을 해소하기 위하여 소송을 제기하거나 진행할 수 있게 된다고 할 수 있다¹²⁰⁾

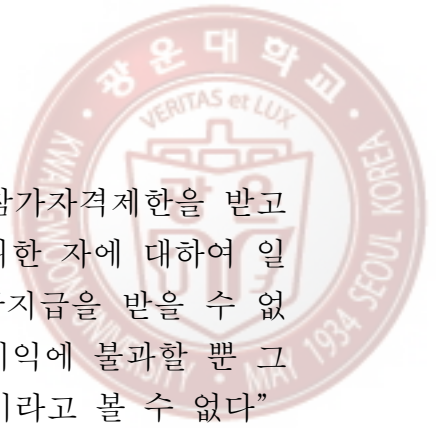
(2) 적격심사시 신인도 감점

대법원은 “영업정지처분으로 조달청 입찰참가자격사전심사기준 및 조달청시설공사적격심사세부기준에 의하여 3년 동안 신인도 감점의 불이익을 받게 된다고 하더라도 그와 같은 불이익은 사실상 경제상의 불이익에 불과할 뿐 그 취소를 구할 법률상 이익이 있는 것이라고 볼 수 없다” 고 판시하여 신인도 감점을 사실상, 경제상의 불이익에 불과하다고 본다.

(3) 연대보증인 자격 및 선급금 수령 불가

대법원은 “행정명령에 불과한 회계예규에서 부정당업자로 제재받은 후 1년이 경과하지 아니한 자는 국가가 발주하는 공사계약

120) 이영동, ‘공공계약을 둘러싼 몇 가지 문제’ 제159면.



의 연대보증인이 될 수 없게 되었다거나, 입찰참가자격제한을 받고 당해 제한기간 만료 후 1년 이상 경과하지 아니한 자에 대하여 일정한 공사계약의 계약상대자로서의 소정의 선금지급을 받을 수 없게 되었다 하더라도 이는 사실상, 경제상의 불이익에 불과할 뿐 그 취소 또는 무효를 구할 법률상 이익이 있는 것이라고 볼 수 없다”고 판시하여 이 역시 사실상, 경제상 불이익에 불과하다고 판단하고 있다.¹²¹⁾

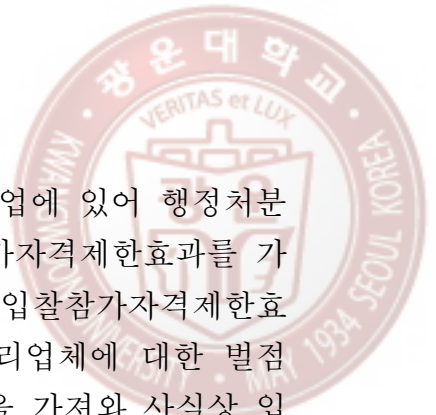
제5장 부정당업자 제재제도의 문제점과 개선방안

제1절 서

최근 대법원 판결을 통하여 국가기관, 지방자치단체 뿐만 아니라 공기업에 대한 부정당제재처분에 대하여도 행정처분으로 보고 권리구제 절차를 진행한 사례가 나오고 있어 제재처분에 대한 법적 성질이 행정처분으로서 권리구제를 받을 가능성이 높아지고 있는 실정이어서 환영할 만하다고 할 수 있다. 그러나 우리 제도는 제재사유가 21개 달할 정도로 과도한 점을 알 수 있어 중복처벌·과잉처벌이라는 비판을 받아온 것도 사실이다¹²²⁾. 또한 부정당제재처분이 내려지면 당해 발주청의 입찰참가자격제한 뿐만 아니라 타 발주청의 입찰참가자격제한이 이루어져 사실상 영업정지와 같은 효과가 있는 것도 사실이다. 부정당제재처분의 효력범위가 내적, 외적으로 너무 광범위하다는 생각이다. 또한 필자는 최근 문제가 된 사회기반시설에 관한 민간투자법상의 부정당제재 사례를 소개하면서 문제점도 지적한 바 있다.

121) 대법원 1995. 7. 14. 95누4087 판결

122) 현행 부정당업자제재제도의 문제점 및 개선방안, 건설이슈포커스. 2013. 11. 두성규. 17면 참조, 김재호, 국가기관의 부정당업자 제재제도 개선방안 연구-건설산업을 중심으로, 2011. 12. 박사학위논문, 107면이하



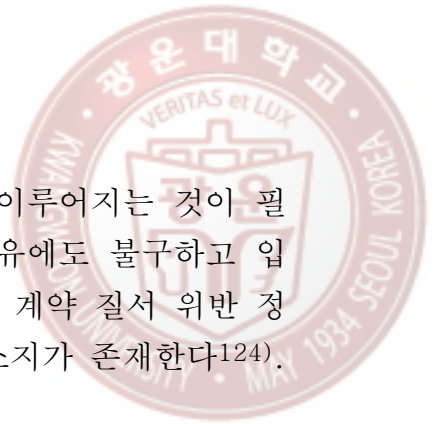
또한 부정당제처분과 벌점부과제도는 건설산업에 있어 행정처분이라는 공통점을 가지고 있으나 전자는 입찰참가자격제한효과를 가져오나 후자는 일정한 벌점점수가 누적되어야 입찰참가자격제한효과를 가져온다는 점에 차이가 있으나, 특히 감리업체에 대한 벌점부과는 2년 동안 부과점수에 따라 신인도 감점을 가져와 사실상 입찰참가자격제한을 가져와 감리업무수주에 상당히 제약을 하는 요인으로 작용하고 있어 그 벌점부과에도 권리구제의 실효성과 발주청의 신중한 접근이 필요하다고 피력한 바 있다.

최근에는 국가계약법령에 부정당제처분과 함께 대체하는 제도로 과징금부과가 도입되어 그 제도의 개요와 근거법령을 소개한 바 있다. 부정당제처분의 구제방법으로는 행정기관에 의한 구제, 국민권익위원회, 감사원에 의한 구제 등이 논의되나 가장 실효성 있는 방법은 행정심판이나 행정소송을 통하여 구제받는 것이고, 처분대상자는 우선 집행정치신청을 하고 행정소송 본안을 통하여 구제받는 것이 도식화 되어 있다. 집행정지제도에 대해서는 객관성, 기준의 합리화를 도모할 필요가 있다고 본다. 재판부의 성향에 따라 집행정지 인용이나 기각이 자의적으로 결정된다면 사법부의 신뢰가 훼손되는 것이기 때문이다. 이하에서는 부정당업자 제재제도의 문제점과 개선방안을 소개하는 수준에서 언급하고자 한다.

제2절 부정당업자 제재제도의 문제점

1. 관련 법령에 따른 각각의 제재 중복으로 사실상의 이중 처벌 효과

현행 국가계약법시행령 상의 부정당업자 제재사유는 행위의 성질과 해당 법령의 차이, 정책적 효과가 다른 사유들이 혼재되어 있다. 행위의 성질과 정책적 효과가 다른 여러 가지의 행위가 입찰참가자격 제한 사유에 포함되어 있다면 다양한 제재 수단을 통해



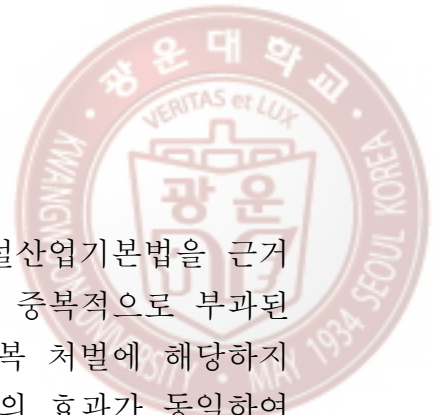
공공 계약 질서 위반 정도에 상응하는 제재가 이루어지는 것이 필요하다¹²³⁾. 부정당업자 제재가 다양한 제재 사유에도 불구하고 입찰참가자격제한 처분으로만 한정되어 일부 공공 계약 질서 위반 정도가 낮은 불공정행위에 대해서는 과잉처벌의 소지가 존재한다¹²⁴⁾.

[표] 관련 법령상 입찰 담합 및 뇌물 공여에 대한 중복 제재 비교

구분	관련 법령	제재 기관	형벌 및 제재 내용	효과	비고
입찰 담합	형법 제315조(경매, 입찰의 방해)	법원	2년 이하 징역 700만원 이하 벌금	-	
	건설산업기본법(제95조, 98조)	법원	5년 이하 징역 5,000만원 이하 벌금	-	양벌규정 적용
	공정거래법 제9조 21조, 22조	공정위	시정조치, 과징금(부당한 공동행위)	매출액의 10/100 미만	
	국가계약법 시행령 제76조	당해 발주처	입찰참가자격제한 2년 이하, 과징금	공공공사 참여 불가	전 발주처 적용
	PQ심사요령	발주기관	신인도 감점(-2점)	공공공사 참여 곤란	1년 간
뇌물 공여	형법 제133조(뇌물 공여죄)	형사법원	5년 이하 징역 또는 2,000만원 미만 벌금	-	
	건설산업기본법(83조, 95조의 2)	등록관청 형사법원	등록말소 또는 영업정지 1년 이하 5년 이하 징역 5,000만원 이하 벌금	공공+민간 공사 참여 불가	양벌규정
	국가계약법 시행령 제76조	당해 발주처	입찰참가자격 제한 2년 이하, 과징금	공공공사 참여 불가	전 발주처 적용
	PQ심사요령	발주기관	신인도 감점(-2점)	공공공사 참여 곤란	1년 간

123) 김재호, 국가기관의 부정당업자 제재제도 개선방안 연구-건설산업을 중심으로, 2011. 12. 박사학위논문, 100면 참조

124) 박정훈, 부정당업자의 입찰참가자격 제한의 법적 제문제, '서울대학교 법학' 제46권 제1호, 296면 참조



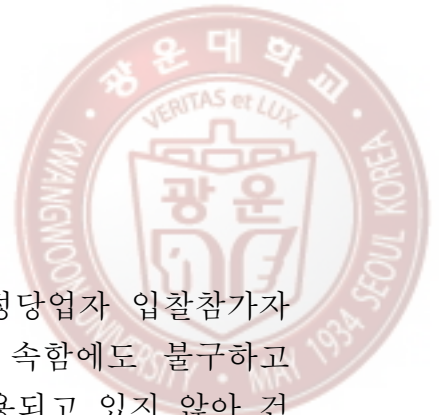
위의 표를 통하여 보면 뇌물 공여의 경우, 건설산업기본법을 근거로 영업정지 처분과 입찰참가자격 제한 처분이 중복적으로 부과된다. 근거 법이 다를 경우, 행정제재 처분은 중복 처벌에 해당하지 않는다고 보는 견해가 일반적인 견해이나 처분의 효과가 동일하여 처분의 대상자에게 미치는 효과가 크다면 합리성을 결여하는 것으로 이중처벌의 소지가 있다고 생각하는 견해가 있다¹²⁵⁾. 법개정을 통하여 선택적으로 가장 중한 처벌을 하는 것으로 정리하는 것이 필요할 것이다.

2. 발주기관 외 타 중앙관서 등으로서의 입찰 제한 확대에 사실상 영업 정지 제재의 효과가 있으므로 ‘이익 형량의 원칙’에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

3. 부정당업자 제재 사유의 과다

국가계약법 시행령 및 지방계약법 시행령에서 열거하고 있는 부정당업자 제재 대상 행위는 21가지가 될 정도로 다양한 내용이 열거되고 있다. 또한 열거되어 있는 제재 대상 행위는 대부분 입찰 참여 업체가 비난받을 만하지만, 그 행위의 성격상 위법성이 크지 않고, 계약의 체결 및 이행 과정에서 충분히 예상할 수 있어 계약상의 책임으로 대응할 수 있는 경우가 다소 포함되어 있다. 조달청 지정정보처리장치(G2B)에 게재된 부정당업자 제재 6,279건 중 계약 불이행으로 인한 제재건수가 3,449건으로 55%에 달한다(2009. 12월 기준).

125) 이건중, 행정형법상 재재수단에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995. 131면 참조, 이에 대하여 동조하는 견해로는 김재호, 국가기관의 부정당업자 제재제도 개선방안 연구-건설산업을 중심으로, 2011. 12. 박사학위논문, 100면이하 참조, 현행 부정당업자제재제도의 문제점 및 개선방안, 건설이슈포커스, 2013. 11. 두성규, 19면 참조



4. 부정당업자 제재 처분의 시효 제도 부재

국가계약법 시행령에서 규정하고 있는 부정당업자 입찰참가자격 제한은 징벌적 성격을 갖는 행정 형벌에 속함에도 불구하고 ‘형법’ 상 인정되고 있는 공소시효 제도가 적용되고 있지 않아 건설업체는 언제까지나 예상치 못한 제재를 받을 위험성을 안고 입찰참가 준비를 하면서 많은 비용을 투자하면서 날릴 위험성을 안고 있다.

5. 계약심의회의 비전문성

현재 발주청에서 운영되고 있는 계약심의회의 심의위원은 공공계약 관련 법률 및 건설업의 특성 등에 대한 법적, 기술적 전문성과 독립성이 떨어지는 해당기관의 직원 중심으로 구성되어 운용되고 있다. 따라서, 사건에 대한 인과관계 규명이나 제재처분 구성요건 충족 등에 대한 검토에 있어서 실질적인 검토가 미흡한 실정이다. 이에 대하여 입찰담합, 뇌물공여, 부실시공 등의 법질서 위반행위가 발생했을 때 입찰참가자격 제한 처분을 내리는 계약심의회의 자격을 변호사법¹²⁶⁾에 의한 변호사징계위원회 자격과 같이 법률지식 또는 고도의 전문성을 갖춘 외부 전문가 중심으로 구성하도록 법령화하여 권리구제와 기업경영의 안정성 확보, 소송남발로 인한 불필요한 사회적 비용의 증가를 최소화하는 방향으로 제도개선이 필요하다는 의견¹²⁷⁾에 찬성한다.

제3절 부정당제재처분과 과징금제도

1. 부정당제재처분에 갈음하는 과징금제도 도입 필요성

126) 변호사법 제93조(대한변호사협회 변호사 징계위원회의 구성)

127) 김재호, 국가기관의 부정당업자 제재제도 개선방안 연구-건설산업을 중심으로, 2011.

12. 박사학위논문, 106면 참조



(1) 과잉처벌과 이중처벌의 개연성 존재

1) 입찰참가자격 제한 사유의 과다

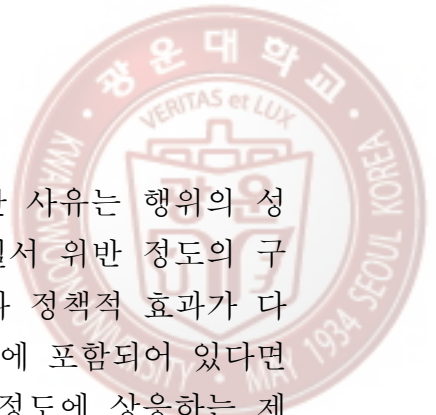
현행 입찰참가자격 제한 사유 중 입찰담합, 뇌물공여 등과 같은 계약 질서 파괴행위, 계약이행과 관련하여 이행 불능, 불완전이행, 이행 지체 등의 사유는 계약의 체결 및 이행 과정의 불공정행위에 해당함.

그러나 안전·보건 조치 등의 소홀로 인한 안전사고 발생 사유는 계약의 체결 및 이행 과정상의 불공정행위로 보기 어려우며, 부정하도급의 경우도 하도급자 보호 성격이 공공계약 질서 유지보다 강하다. 이와 같이 입찰참가자격 제한 사유에 공공계약 질서와 관련성이 다소 미흡한 사유들이 포함되어 있고 관련성이 있는 사유들도 공공계약 질서 위반 정도는 차이가 있다.

이는 공공계약 질서 유지 외에 다른 정책적 목적을 위해 제재 사유에 포함시킨 결과로 제재 사유가 선진국 등에 비해 지나치게 많은 결과로 나타난다¹²⁸⁾. 필자도 발주청에 있으면서 설계부실, 계약 이행부실로 사업진행이 차질이 생기는 경우 발주청 입장에서 상당히 부담스러운 복잡한 행정문제가 제기되어 심리적으로 과도한 제재를 하려는 경향을 보인다는 것을 관련 심의나 회의 참석시 많이 목도하였다. 발주청마다 사업중점이 다르다 보니 임기응변식으로 입찰참가제한사유를 추가해달라고 요구하여 그 제한사유가 선진국에 비하여 월등히 많은 것은 사실이다.

2) 처벌의 일원화로 인한 과잉처벌의 가능성 존재

128) 강운산, 건설이슈포커스, 공공계약 불공정행위에 대한 과징금제도 도입 방안, 10면.



위에서 검토한 바와 같이 입찰참가자격 제한 사유는 행위의 성질과 정책적 효과가 다른 사유들이 공공계약 질서 위반 정도의 구분 없이 혼재되어 규정되어 있다. 행위의 성질과 정책적 효과가 다른 여러 가지의 행위가 입찰참가자격 제한 사유에 포함되어 있다면 다양한 제재 수단을 통해 공공계약 질서 위반 정도에 상응하는 제재가 이루어지는 것이 필요하다. 부정당업자 제재가 다양한 제재 사유에도 불구하고 입찰참가자격 제한 처분으로만 한정되어 일부 공공계약 질서 위반 정도가 낮은 불공정행위에 대해서는 과잉처벌의 소지¹²⁹⁾가 존재한다고 지적되어 왔다.

3) 과잉처벌 및 이중처벌의 해소

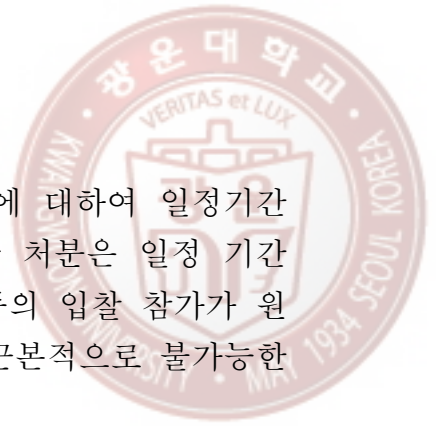
다양한 제재 사유를 정하고 있는 현실을 감안할 때, 제재 사유의 성질 및 정책적 목적에 합당하게 입찰참가자격 제한 외의 부정당업자 제재 수단의 도입이 필요하였다. 공공계약 질서 위반 정도가 낮은 제재 사유에 대해서는 입찰참가자격 제한에 갈음하여 과징금을 부과한다면 과잉 처벌의 문제점 해결이 가능하다. 또한 타 법령에서 영업정지 처분 등을 받은 경우에 다시 입찰참가자격 제한 처분을 내리지 않고 과징금을 부과한다면 입찰참가자격 제한 처분으로 인하여 발생하는 이중적 처벌의 논란을 해소하여 합리적인 행정처벌 체제의 수립이 가능하다.

(2) 부정당업자 제재 처분의 경직적 운영

1) 징벌적이고 경직적인 부정당업자 제재 제도

공공계약의 체결 및 이행과정상의 불공정행위에 대한 부정당

129) 박정훈, '부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제문제', 서울대학교 법학 제46권 제1호, 296면.



업자 제재 제도는 일정한 사유에 해당하는 자에 대하여 일정기간 입찰참가자격만을 제한한다. 입찰참가자격 제한 처분은 일정 기간 (1월 ~ 2년) 동안 해당 기관 및 관련 기관 등의 입찰 참가가 원칙적으로 차단되는 것으로 공공시장의 수주가 근본적으로 불가능한 징벌적 처벌에 해당한다.

이러한 징벌적 처벌의 효력으로 인해 해당 기업은 관행적으로 ‘가처분 소송’ 등을 제기하여 입찰참가자격 제한 처분을 정지시키는 법적 대응 조치를 취하였다.

대법원 최종 판결로 입찰참가자격 제한 처분을 받는 경우, 사실 관계 발생 후 2~3년이 경과된 뒤에 행정처분을 받게 되어 행정처분의 적합성이 떨어져 실제적인 처벌의 실효성이 저하된다.

2) 제재 수단의 실효성 제고

입찰참가자격 제한 처분에 갈음하여 과징금을 부과하는 경우, 해당 기업의 입장에서는 입찰참가자격 제한 처분보다는 ‘징벌적 처벌성’ 이 완화되어 제재에 대한 반발이 적을 것으로 기대된다.

(3) 공정한 경쟁질서 및 공공계약의 효율적 수행 제고

규모가 비슷한 대부분의 기업들이 동일한 사유로 인해 제재 처분을 받는 경우, 입찰과정에서 공정한 경쟁이 저해될 수 있고 입찰 자체가 무산될 소지도 있다. 이로 인해 공공계약의 공정성과 신뢰성의 저하기 우려되며, 경쟁력이 높은 업체가 제재를 받는 경우 효율적인 계약 및 조달업무 수행에 차질이 예상된다. 공정한 경쟁 질서 확립과 공공계약의 효율적 수행을 위해 과징금 제도의 도입이 필요하다.



2. 과징금부과의 근거법규

(1) 과징금의 부과 목적과 법적 성질

행정법상 과징금의 부과 목적은 벌금, 과태료 등과 달리 법위반 행위자(사업자)의 처벌에 목적이 있는 것이 아니라 사업자의 법위반행위의 억제, 즉 사업자의 행정법상 의무이행의 확보를 목적으로 한다.

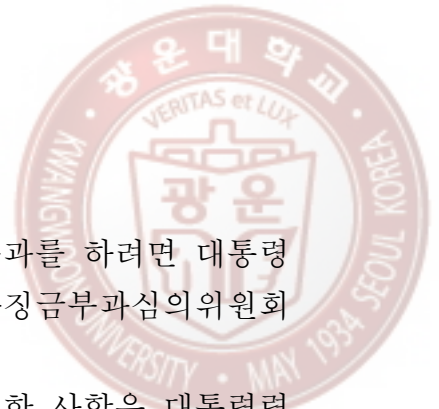
다른 행정적 집행수단인 시정조치가 ‘위반행위로 인한 경쟁질서 또는 거래질서의 침해 회복을 위한 구제’를, 사적 집행수단인 손해배상제도가 ‘위반행위로 인한 피해의 보상을 위한 구제’를 목적으로 하는 것과 차이가 있다. 아래의 입찰참가제한에 갈음하는 과징금부과의 근거법률에 그 취지가 녹아있다고 볼 수 있다.

국가계약법 제27조의2 (과징금)

① 각 중앙관서의 장은 제27조제1항에 따라 부정당업자에게 입찰참가자격을 제한하여야 하는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 입찰참가자격 제한을 갈음하여 다음 각 호의 구분에 따른 금액 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

1. 부정당업자의 위반행위가 예견할 수 없음이 명백한 경제여건 변화에 기인하는 등 부정당업자의 책임이 경미한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우: 위반행위와 관련된 계약의 계약금액(계약을 체결하지 아니한 경우에는 추정가격을 말한다)의 100분의 10에 해당하는 금액

2. 입찰참가자격 제한으로 유효한 경쟁입찰이 명백히 성립되지 아니하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우: 위반행위와 관련된 계약의 계약금액(계약을 체결하지 아니한 경우에는 추정가격을 말한



다)의 100분의 30에 해당하는 금액

② 각 중앙관서의 장은 제1항에 따른 과징금 부과를 하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 제27조의3에 따른 과징금부과심의위원회의 심의를 거쳐야 한다.

③ 제1항에 따른 과징금의 금액과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 각 중앙관서의 장은 제1항에 따라 과징금을 부과받은 자가 납부 기한까지 내지 아니하면 국세 체납처분의 예에 따라 징수한다.

[본조신설 2012.12.18] [[시행일 2013.6.19.]]

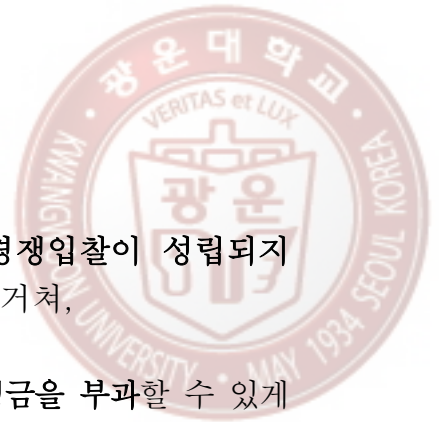
(2) 과징금 부과대상

2010년 논의당시에는 제1안으로서 입찰참가자격 제한 사유의 구분·적용하는 것으로서

입찰참가자격 제한 사유에 대해 공공계약 질서 위반 정도를 판단하여 ‘필수적 제한 사유’와 ‘임의적 제한 사유’로 구분, ‘필수적 제한 사유’는 입찰참가자격 제한과 과징금 부과를 선택적 적용하나 ‘임의적 제한 사유’는 과징금 부과 처분만 가능하도록 하는 것이다.

제2안으로서 현행 입찰참가자격 제한 사유 전체를 대상으로 과징금 부과하는 것으로서, 입찰참가자격 제한에 갈음하는 과징금 부과대상을 입찰참가자격 제한 전체로 하여 이중 국가계약의 공정한 집행 및 적정한 이행을 저해할 우려가 있는 경우에 과징금을 부과하는 방안이다. 2013. 6. 18.부터 시행하는 개정법률은 **부정당업자 제재의 실효성 확보와 공공사업의 차질 없는 추진¹³⁰⁾**을 위하여 현행 부정당업자에 대한 **입찰 참가자격 제한에 갈음하여 과징금을 부과할 수 있는 근거를 마련하였다.**

130) 해당 사업의 적격자가 1인밖에 없는 경우 입찰참가 제한시 사업추진이 곤란

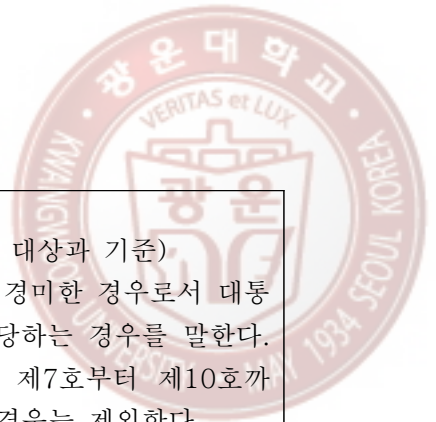


- 부정당업자의 책임이 경미하거나 유효한 경쟁입찰이 성립되지 않는 경우 과징금부과심의위원회의 심의를 거쳐,
 - 계약금액의 10% 또는 30%에 해당하는 과징금을 부과할 수 있게 함으로써 제1안과 제2안을 혼합하여 개정했다¹³¹⁾.

(3) 과징금 부과 절차 및 부과 주체

아래의 시행령이 발주기관이 과징금 부과가 필요하다고 판단·요청시 기획재정부장관은 과징금 부과여부 적정성 등을 판단하여 부과 처분한다. 과징금의 부과주체는 기획재정부 장관이다. 현재 입찰참가자격 제한은 발주기관이 내리고 있으나 과징금은 행정처분이라고 해도 금전적 부담을 부과하는 제재 처분이므로 발주기관이 부과하는 것은 다소 논란의 여지가 발생할 수 있다. 따라서 발주기관의 요청이 있는 경우 기획재정부 장관이 과징금을 부과하도록 하고 불복 시 행정쟁송의 대상은 기획재정부 장관이 피고가 된다고 할 수 있다. 신설된 제도이므로 아래에서 근거법규를 인용해 보기로 한다.

131) 기획재정부 보도자료, 2012. 12. 21. 국고국 계약제도과.



국가계약법 시행령 제76조의2 (과징금 부과와 세부적인 대상과 기준)

① 법 제27조의2제1항제1호에서 "부정당업자의 책임이 경미한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. 다만, 제76조제1항제3호·제3호의2·제4호·제4호의2, 제7호부터 제10호까지, 제12호·제13호·제17호 또는 제18호에 해당하는 경우는 제외한다.

1. 천재지변이나 그 밖에 이에 준하는 부득이한 사유로 인한 경우
2. 국내·국외 경제 사정의 악화 등 급격한 경제 여건 변화로 인한 경우
3. 발주자에 의하여 계약의 주요 내용이 변경되거나 발주자로부터 받은 자료의 오류 등으로 인한 경우
4. 공동계약자나 하수급인 등 관련 업체에도 위반행위와 관련한 공동의 책임이 있는 경우

② 법 제27조의2제1항제2호에서 "입찰참가자격 제한으로 유효한 경쟁입찰이 명백히 성립되지 아니하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우"란 입찰자가 2인 미만이 될 것으로 예상되는 경우를 말한다. 다만, 제76조제1항제7호·제8호·제10호 또는 제17호에 해당하는 경우는 제외한다.

③ 법 제27조의2제1항에 따른 과징금의 부과 비율과 그 밖에 필요한 사항은 제76조제1항 각 호에 해당하는 행위별로 부실별점, 하자비율, 부정행위의 유형, 고의·과실 여부 등을 고려하여 기획재정부령으로 정한다.

[본조신설 2013.6.17]

국가계약법 시행령 제76조의3 (과징금의 부과 및 납부)

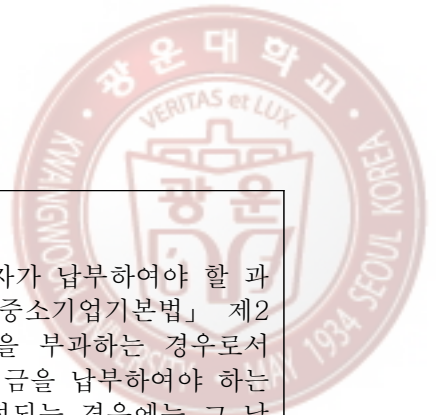
① 각 중앙관서의 장은 법 제27조의2에 따라 과징금을 부과하려는 때에는 위반행위의 종류와 과징금의 금액을 분명하게 적은 서면으로 알려야 한다.

② 제1항에 따라 통지를 받은 자는 통지를 받은 날부터 60일 이내에 과징금을 부과권자가 정하는 수납기관에 내야 한다. 다만, 천재지변이나 그 밖의 부득이한 사유로 그 기간 내에 과징금을 낼 수 없을 때에는 그 사유가 해소된 날부터 30일 이내에 내야 한다.

③ 제2항에 따라 과징금을 받은 수납기관은 과징금을 낸 자에게 영수증을 내줘야 한다.

④ 과징금의 수납기관이 제2항에 따라 과징금을 받았을 때에는 지체 없이 그 사실을 부과권자에게 통보하여야 한다.

[본조신설 2013.6.17]



제76조의4 (과징금 납부기한의 연장 및 분할납부)

① 각 중앙관서의 장은 법 제27조의2에 따라 부정당업자가 납부하여야 할 과징금이 계약금액의 10퍼센트를 초과하는 경우 또는 「중소기업기본법」 제2조에 따른 중소기업자에게 10억원을 초과하여 과징금을 부과하는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 인하여 과징금을 납부하여야 하는 자가 과징금의 전액을 일시에 납부하기가 어렵다고 인정되는 경우에는 그 납부기한을 연장하거나 분할 납부하게 할 수 있다.

1. 재해 또는 도난 등으로 재산에 현저한 손실을 입은 경우
2. 사업 여건의 악화로 사업이 중대한 위기에 처한 경우
3. 과징금을 일시납부하면 자금 사정에 현저한 어려움이 예상되는 경우
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지와 유사한 사유가 있는 경우

② 제1항에 따라 과징금 납부기한의 연장이나 분할납부를 신청하려는 자는 과징금 납부를 통지받은 날부터 30일 이내에 납부기한의 연장 또는 분할납부의 사유를 증명하는 서류를 첨부하여 각 중앙관서의 장에게 신청하여야 한다.

③ 제1항에 따른 납부기한의 연장은 그 납부기한의 다음 날부터 1년을 초과할 수 없다.

④ 제1항에 따라 분할납부를 하게 하는 경우 분할된 납부기한 간의 간격은 3개월을 초과할 수 없으며, 분할 횟수는 3회를 초과할 수 없다.[본조신설 2013.6.17]

제76조의5 (과징금부과심의위원회의 구성)

① 법 제27조의3에 따라 구성되는 과징금부과심의위원회(이하 이 장에서 "위원회"라 한다)는 위원장 1명을 포함하여 15명 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원회의 위원장은 기획재정부 제2차관이 되고, 위원은 성별을 고려한 다음 각 호의 사람이 된다.

1. 기획재정부, 국방부, 안전행정부, 공정거래위원회, 조달청의 고위공무원단에 속하는 공무원 중에서 소속 기관의 장이 지명하는 사람 각 1명. 다만, 조달청의 경우에는 2명으로 한다.

2. 계약 관련 분야에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 기획재정부장관이 위촉하는 민간위원 8명 이내

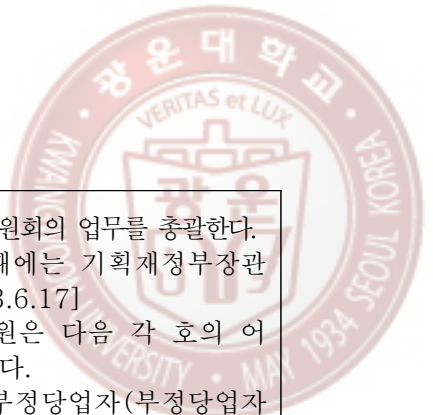
가. 「고등교육법」에 따른 대학에서 법학·경제학 또는 경영학의 부교수 이상의 직에 근무한 경력이 있는 사람

나. 변호사의 자격을 가진 사람으로서 그 자격과 관련된 업무에 5년 이상 재직 중이거나 재직할 사람

다. 정부조달계약 업무에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람으로서 가목과 나목의 기준에 상당하다고 인정되는 사람

③ 제1항제2호의 민간위원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다.

④ 위원 중 공무원이 아닌 위원의 사임 등으로 인하여 새로 위촉된 위원의 임기는 전임위원 임기의 남은 기간으로 한다.[본조신설 2013.6.17]



제76조의6 (위원장의 직무) ① 위원장은 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.

② 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 기획재정부장관이 지명하는 위원이 그 직무를 대행한다.[본조신설 2013.6.17]

제76조의7 (위원의 제척·기피·회피) ① 위원회의 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건에 대한 심의에서 제척(除斥)된다.

1. 위원 또는 그 배우자나 배우자이었던 사람이 해당 부정당업자(부정당업자가 법인·단체 등인 경우에는 그 임원을 포함한다. 이하 이 호 및 제2호에서 같다)이거나 부정당업자의 공동권리자 또는 공동의무자인 사건

2. 위원이 해당 부정당업자와 친족이거나 친족이었던 경우

3. 위원이나 위원이 속한 기관 또는 법인이 해당 사건에 관하여 증언, 진술, 자문, 연구, 용역 또는 감정을 한 경우

4. 위원이나 위원이 속한 중앙관서(조달청의 경우 위원이 속한 국을 말한다)가 발주한 계약에 관련된 사건

5. 위원이 각 중앙관서의 소속 공무원으로서 해당 사건과 관련된 조사 또는 심사를 한 사건

② 해당 사건의 부정당업자는 위원에게 공정한 심의를 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 기피 신청을 할 수 있다. 이 경우 위원장은 이 기피 신청에 대하여 위원회의 의결을 거치지 아니하고 기피 여부를 결정한다.

③ 위원이 제1항 각 호의 제척 사유와 제2항의 기피 사유에 해당하는 경우에는 스스로 그 사건의 심의에서 회피(回避)하여야 한다.[본조신설 2013.6.17.]

제76조의8 (심의의 요청)

① 각 중앙관서의 장은 법 제27조의2제2항에 따라 과징금 부과 여부나 과징금 금액의 적정성 등에 관한 심의를 요청할 경우에는 다음 각 호의 사항을 적은 서면을 위원회에 제출하여야 한다.

1. 부정당업자의 성명과 주소(법인인 경우에는 법인의 명칭, 주된 사무소의 소재지, 그 대표자의 성명을 말한다)

2. 과징금 부과가 필요한 사유

3. 과징금 부과 액수와 판단 근거

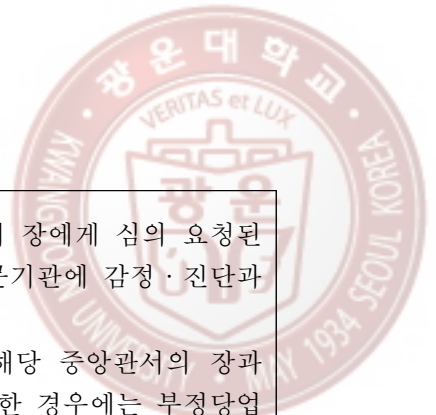
② 제1항의 서면에는 다음 각 호의 서류를 첨부하여야 한다.

1. 부정당업자에게 입찰 참가자격을 제한하거나 과징금을 부과하게 된 원인과 사실을 증명하는 서류

2. 그 밖에 심의에 필요한 증거 서류

③ 위원회는 제1항과 제2항에 따른 서류만으로는 과징금 부과 여부와 과징금 금액의 적정성을 판단하기 곤란한 경우에는 상당한 기간을 정하여 서류의 보완을 요청할 수 있다. 이 경우 서류의 보완에 걸리는 기간은 제76조의9제1항에 따른 심의 기간에 산입하지 아니한다.[본조신설 2013.6.17.]

제76조의9 (심의) ① 위원회는 각 중앙관서의 장으로부터 심의 요청을 받은 날부터 60일 이내에 심의 결과를 통보하여야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있으면 30일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다



② 위원회는 필요한 경우 부정당업자와 해당 중앙관서의 장에게 심의 요청된 사항에 관한 서류의 제출을 요구할 수 있으며, 관계 전문기관에 감정·진단과 시험 등을 의뢰할 수 있다.

③ 위원회는 심의·결정의 완료 전에 부정당업자 및 해당 중앙관서의 장과 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하며, 필요한 경우에는 부정당업자 및 해당 중앙관서의 장과 그 대리인, 증인 또는 관계전문가로 하여금 위원회에 출석하게 하여 그 의견을 들을 수 있다.[본조신설 2013.6.17]

제76조의10 (위원회 회의)

① 위원장은 위원회의 회의를 소집하고, 그 의장이 된다.

② 위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의(開議)하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

③ 위원회에 위원회의 사무를 처리할 간사 1명을 둔다.

④ 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 위원회의 운영에 필요한 사항은 위원회의 위원장이 정한다.[본조신설 2013.6.17]

제76조의11 (소위원회)

① 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 위원회에 공사분야소위원회 및 물품·용역분야소위원회(이하 이 장에서 "소위원회"라 한다)를 각각 둔다.

② 공사분야소위원회는 건설·전기통신 등 공사와 관련된 과징금 부과 심의에 관한 사항을 담당한다.

③ 물품·용역분야소위원회는 물품의 제조·구매와 용역과 관련된 과징금 부과 심의에 관한 사항을 담당한다.

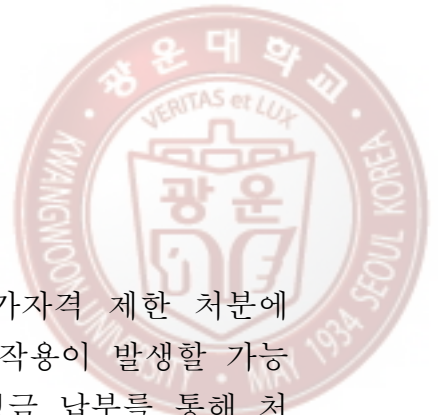
④ 소위원회는 소위원회의 위원장을 포함하여 10명 이내의 위원으로 구성한다.

⑤ 소위원회의 위원장 및 위원은 위원회의 위원 중에서 위원회의 위원장이 지명하되, 심의 요청된 사항의 전문성을 고려하여 필요한 경우에는 위원회의 위원이 아닌 사람을 소위원회의 위원으로 임명하거나 위촉할 수 있다.

⑥ 위원회에 심의 요청된 사안은 해당 소위원회에서 우선 심사하여 결정안을 작성하고, 이를 위원회에 상정하여야 한다.

⑦ 소위원회의 심의, 회의 및 소위원회에 출석한 위원 등의 수당에 관하여는 제76조의9, 제76조의10 및 제76조의12를 준용한다. 이 경우 "위원회"는 "소위원회"로, "위원회의 위원장"은 "소위원회의 위원장"으로 본다.

⑧ 제1항부터 제7항까지에서 규정한 사항 외에 소위원회의 운영에 필요한 사항은 위원회의 위원장이 정한다.[본조신설 2013.6.17]



3. 과징금 제도를 악용하는 문제점 해결 방안

과징금 제도는 기업의 입장에서는 입찰참가자격 제한 처분에 비해 처벌의 징벌성이 약해 오용 및 악용의 부작용이 발생할 가능성이 있다. 기업의 지속적인 불공정행위가 과징금 납부를 통해 처벌이 면제되어 ‘과징금’이 의무 이행확보 수단이 아니라 기업의 공공계약 질서 위반에 대한 면죄부로 작용하고 과징금 납부 능력 여부에 따라 형평성의 문제가 발생할 가능성이 있다. 이러한 과징금 제도의 부작용에 대비하여 입찰참가자격 제한에 상응하는 규모, 즉 충분히 기업의 공공계약 질서 준수를 유도할 수 있는 정도의 금액으로 ‘과징금 규모’를 정하는 것이 필요하다. 또한 동일한 행위로 3회 이상 과징금 부과 처분을 받은 부정당업자의 동일한 불공정 행위에 대해서는 과징금 부과 처분을 금지하거나 다른 사유로 1년에 5회 이상 과징금 부과 처분을 받은 부정당업자는 6회부터 불공정행위에 대해서는 과징금 부과 처분을 금지하는 제도적 장치를 마련하는 것이 필요하다는 지적이 있다¹³²⁾.

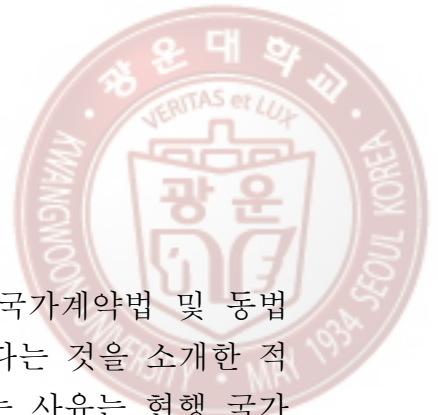
4. 과징금부과에 대한 구제방안

기획재정부장관을 피고로 하여 행정소송을 제기하여 과징금부과처분취소소송을 제기하여야 할 것이다. 물론 과징금부과위원회에 부과대상자의 대리인 등 전문가가 참여하여 의견개진을 통하여 구제받을 수 있다.

제4절 부정당업자제재제도의 개선 방안

1. 감경하더라도 1개월 이상 입찰제한을 하는 것을 집행유예나 면제 등의 면책처분이 이루어 질 수 있도록 제재처분이 합리적으로 운

132) 강운산, 건설이슈포커스, 공공계약 불공정행위에 대한 과징금제도 도입 방안, 25면



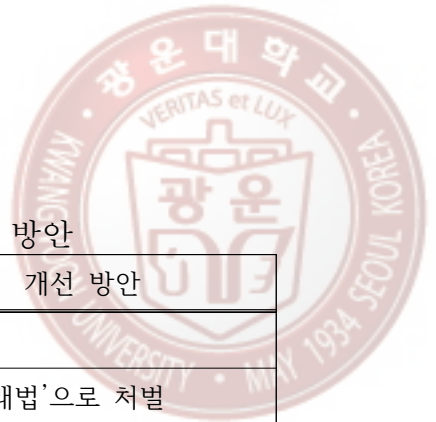
용되어야 할 것이다.

부정당업자 제제 대상으로 대체되는 제도가 국가계약법 및 동법 시행령에 반영되어 '13. 6월부터 시행되고 있다는 것을 소개한 적이 있다. 그러나 과징금 부과 대상이 될 수 있는 사유는 현행 국가계약법 시행령 제76조 제1항의 사유 가운데 1호, 2호, 5호, 6호, 11호, 14호 내지 16호에 국한된다. 이처럼 부정당업자에 대한 입찰참가자격 제한이 과도한 제재가 될 우려가 있는 경우 이를 대신한 과징금 제도 도입의 입법취지를 감안하면, 동법 시행령 제76조의2 제2항에서 제76조 제1항 제7호(담합)·제8호(위·변조, 부정행사)·제10호(뇌물) 또는 제17호(사기)에 해당하는 경우' 를 과징금 부과 대상에서 제외하고 있는 것은 현실을 제대로 반영하지 못한 것으로 수정되어야 한다는 견해¹³³⁾에 찬성하기로 한다. 구체적 판단은 과징금부과심의위원회에 맡기면 될 것이다. 뇌물액수가 작은 경우, 또는 피용인이 사용자 몰래 뇌물을 제공하는 경우 등 회사에 책임을 물으면 비례원칙, 책임원칙에 반할 여지가 있는 경우 과징금으로 대체하여 그에 상응하는 과징금을 부과하면 될 것이다. 최근 판례는 피용인이 공사감독관에게 200만원을 사용자의 지시없이 공사감독관의 요구에 의하여 어쩔 수 없이 제공한 경우 뇌물제공에는 해당하나 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 없다고 보아 부정당제재처분이 위법하다고 한 판례가 있었는데 과거 판례는 뇌물제공행위는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있는 행위라고 해서 부정당제재처분을 하는 것이 정당하다는 판례도 있었으나 최근 판례를 통하여 변경된 것인지 궁금하나 대법원 전원합의체 판결로 정리할 필요성이 있다고 할 것이다.

2. 입찰참가자격 제한 사유의 합리적 재조정¹³⁴⁾

133) 현행 부정당업자제재제도의 문제점 및 개선방안, 건설이슈포커스. 2013. 11. 두성규. 26면 참조.

134) 현행 부정당업자제재제도의 문제점 및 개선방안, 건설이슈포커스. 2013. 11. 두성규.



[표] 입찰참가자격 제한 사유별 재재의 재조정 방안

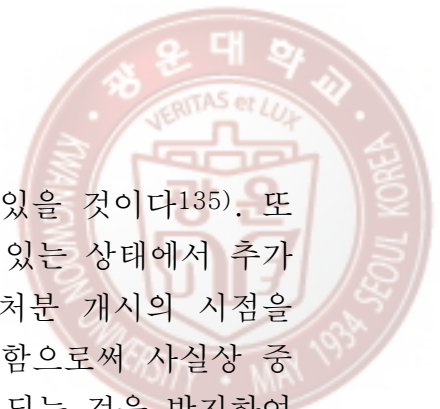
구분	해당 조항	개선 방안
계약질서 파괴 및 범법 행위	- 제2호 : 부정 하도급	폐지
	- 제3호 : 공정거래법 위반	'공정거래법'으로 처벌
	- 안전사고	폐지 또는 과징금으로 대체
	- 담합 행위	'형법' 또는 '공정거래법'으로 처벌
	- 뇌물 수수	형법 또는 건설산업기본법으로 처벌
계약의 원활한 이행을 위한 절차적 문제	<ul style="list-style-type: none"> - 제6호 : 계약 체결 거부 - 제9호 : 고의 무효 입찰 - 제11호: 입찰 불참가 - 제12호: 입찰 참가·계약 이행 방해 - 제14·14호의2호:심사 서류 미 제출·심사 포기 - 제15호 : 실시설계서 미제출 - 제16호: 부적절한 감리원 교체 	<p style="text-align: center;">폐지</p> <p>(계약상의 책임 추궁이 어려운 경우에는 과징금으로 대체)</p>

선진국들의 부정당업자 제재제도 운영의 특징이 '유도적 운영' 이다. 우리나라 부정당업자 제도의 운용도 '징벌적 운영' 에서 공공 계약 질서에 대한 순응을 유도하고 신뢰성을 제고할 수 있는 '유도적 운영' 으로 전환할 필요성이 있을 것이다.

3. 부정당업자 제재처분에 대한 제척기간 도입 필요

부정당업자 제재 처분에 대한 제척기간 도입으로 기업경영에 중

27면, 28면의 개선의견에 원칙적으로 찬성하며 그 부분을 요약한 [표9]을 인용하기로 한다.



대한 불안감과 애로 발생을 해소 시킬 필요가 있을 것이다¹³⁵⁾. 또한 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분을 받고 있는 상태에서 추가로 부정당업자 제재 처분을 받게되는 경우에 처분 개시의 시점을 기존 입찰참가자격 제한 처분의 종료후로 명시함으로써 사실상 중첩되는 기간에 제재 처분의 효력이 무의미하게 되는 것을 방지하여 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분의 실효성과 규범력을 제고할 필요가 있을 것이다¹³⁶⁾.

4. 부도 등 경영위기로 인한 부정당업자 제재처분에 대한 합리적 개선

국가계약법 시행령 제76조제1항 제6호는 “정당한 이유없이 계약을 체결 또는 이행하지 아니한 자”를 입찰참가자격 제한 처분 사유로 규정하고 있다. 실태를 보면 조달청 G2B에 게재된 부정당업자제재 3,666건 중 계약불이행으로 인한 제재건수가 1,990건으로 54.3%를 차지한다(2009. 12월 기준). 계약불이행으로 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분을 내릴 경우, 부도로 인해 경영위기에 있는 기업의 회생 및 정상화 가능성을 근본적으로 차단하는 결과를 초래하는 문제점이 지적된다. 따라서 부도 등의 사유로 부득이하게 공사를 수행할 수 없는 경우 계약체결 기관의 공사수행명령을 받은 날로부터 15일 이내에 공사포기를 하여 보증시공을 원활히 할 수 있도록 협조한 경우에는 부정당업자 제재를 면제할 수 있도록 규정을 신설하자는 견해¹³⁷⁾가 타당해 보인다.

135) 금품제공등 부정당업자 제재의 실효성 제고, 국민권익위원회[부패방지국], 2010. 1.

136) 현행 부정당업자제재제도의 문제점 및 개선방안, 건설이유포커스. 2013. 11. 두성규. 29면 참조

137) 금품제공등 부정당업자 제재의 실효성 제고, 국민권익위원회[부패방지국], 2010. 1. 22면 참조



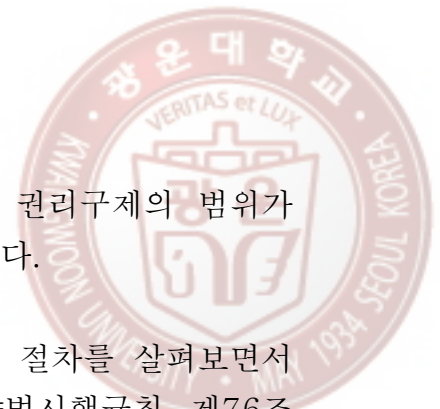
제6장 결론

최근 부정당업자의 입찰참가를 제한할 때에는 위반행위의 동기·내용·횟수 등을 고려해 제재 강도를 정해야 한다는 행정심판이 나왔다. 국민권익위원회 소속 중앙행정심판위원회는 국가계약을 이행하면서 부득이하게 비규격품을 납품했다가 바로 시정한 회사에게 조달청이 위반행위의 동기·내용·횟수 등을 고려하지 않고 6개월이나 입찰을 못하게 한 것은 가혹하므로 제한기간을 3개월로 변경하라고 결정했다¹³⁸⁾. 필자가 본문에서 살펴본 바와 같이 미국이나 영국의 부정당업자 입찰참가자격제한제도와 다르게 우리 법제는 당 제도를 경직되게 운용하고 있는 점을 고려 할 때 고무적인 일이라고 평가할 수 있다.

본 연구에서는 비교법적 고찰로서 미국, 캐나다, 영국의 부정당업자 제재제도를 소개하면서 우리의 법제의 징벌적 제도로서의 기능보다는 선진국의 법제는 ‘유도적 기능’으로 제도화 된 점을 소개한 바 있다. 입찰참가제한이 계약의 적정한 이행 및 계약의 공정성을 담보하는 기능이 있다고 하여도 과잉, 중복 제재의 성격을 가지고 있어 그 징벌적 기능이 강화되어 우리나라의 법제에 있어서 참고하여 선진국법제로 개선할 필요가 있다.

부정당업자 입찰참가자격제한의 법적 성질은 그 동안 논란이 있어 사법통지설, 행정처분설, 각 공공기관의 성격과 처분 근거법규등을 구분하여 논하는 판례 등으로 대립되어 있었으나 지금은 행정처분설로 입장정리가 되어 가고 있는 듯하다. 최근 한국주택공사가 내린 입찰참가제한 처분에 대하여도 행정처분설에 입각한 판례가 있어 판례상으로도 입찰참가제한 처분의 법적 성질에 대하여 국가기관, 지방자치단체, 공공기관에 대하여도 행정처분설에 입각한 권

138) 국민권익위원회 보도자료 '12. 11. 15.

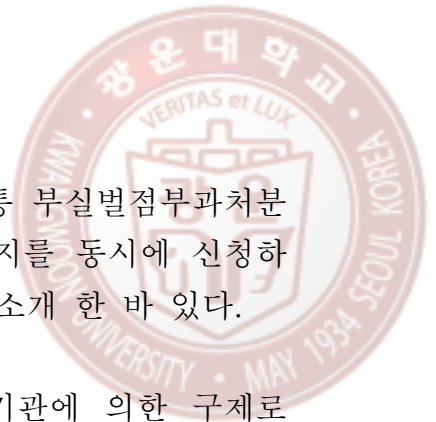


리구제를 받은 방법이 생긴 것으로 생각하고, 권리구제의 범위가 넓어지는 방향이어서 환영할 만하다고 할 수 있다.

제재 주체, 대상, 시기 및 부정당제재체분의 절차를 살펴보면서 제재사유의 열거의 성격을 논하면서 국가계약법시행규칙 제76조 및 별표2의 법적 성격에 대하여 논란이 있으나 법규명령으로 보는 것이 타당하다는 결론을 내린 적이 있다.

부정당제제의 효과를 논하면서, 최근에 문제되었던 ‘사회기반 시설에 관한 민간투자법’ 상의 부정당제재사례를 소개하면서 국가 계약법과 다르게 헌법상의 원칙인 책임주의가 명확하게 규정되어 있지 않아 문제점이 있다고 소개했다.

건설공사에 있어서 부정당제재처분의 효과가 사실상 공공조달시장에 있어서 영업정지와 같다는 것을 알 수 있었다. 그와 비교하면 부실벌점부과는 그 정도는 아니나 누적점수가 일정정도를 넘으면 부정당제재를 받을 수 있고, 신인도 감점에 PQ에 감점이 되어 치열한 수주시장에서 사실상 입찰참가제한과 같은 효과가 있음을 소개한 바 있다. 벌점부과에 대하여 과거 행정처분성에 대하여 논란이 있었고 실무에서도 본안전 항변으로서 그 행정처분성을 부인하는 항변도 종종 제출된 적도 있다. 지금은 그 침익적 효과가 분명하여 행정처분성을 부인하는 판례는 없는 것으로 보인다. 그러므로 행정처분으로서 사전청문절차를 거쳐 부과하면서 그 부과근거를 분명히 하여야 하나, 발주기관에서는 그러한 점에 배려없이 부과하는 사례를 본문에서 소개한 적 있다. 부실벌점은 완공된 공사에 있어서는 부과할 수 없는 것이 원칙이나 최근 국토부 유권해석을 통하여 부과할 수 있다고 해석하나 그 부과 제도의 취지에 부합하는지 의문이다.



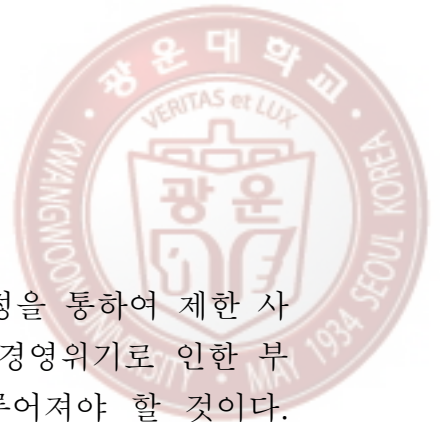
또한 부실벌점부과처분도 행정처분이므로 보통 부실벌점부과처분 취소소송이라는 행정소송을 제기하면서 집행정지를 동시에 신청하는 것이 가장 실효성 있는 권리구제방법이라고 소개 한 바 있다.

부정당제재처분에 대한 구제방법으로는 행정기관에 의한 구제로 발주기관의 직권취소, 국민권익위원회에 대한 구제, 감사원에 대한 구제 등이 있으나 별 실효성은 없는 것으로 판단된다. 가장 실효성 있는 구제는 입찰참가제한처분취소소송이라는 행정소송을 제기하면서 집행정지를 동시에 신청하는 것이 정형화되고 가장 실효성 있는 권리구제방법이다. 또한 민간투자법상의 입찰참가제한처분, 부실벌점부과처분, 공기업인 LH의 처분에 대하여도 위와 같은 사법적 권리구제방법이 가장 실효성이 있는 권리구제방법이다.

물론 가장 궁극적인 방법은 제도의 문제점을 밝히고 그 문제점에 대한 개선방안을 법률등에 반영하고 운영의 묘를 살리는 것일 것이다. 본 연구에서는 부정당업자 제재제도의 문제점으로 관련법령에 따른 각각의 제재 중복으로 사실상의 이중 처벌 효과가 있음을 지적 한 바 있다. 특히 뇌물수수나 담합에서 그 특징이 잘 나타난다고 할 수 있다. 또한 발주기관 외 타 중앙관서 등으로서 입찰 제한 확대로 사실상 영업정지제재의 효과가 있으므로 ‘이익 형량의 원칙’에 반하는 결과를 초래할 수 있다는 점도 간과할 수 없다.

선진국 법제와 다르게 우리 법제는 부정당업자 제재 사유의 과다, 부정당업자 제재 처분 시효 제도 부재가 개선될 필요가 있다.

최근 부정당제재처분에 대한 대체제도로써 과징금제도가 도입되었으나 그 대체하는 사유가 협소하여 과연 그 순기능으로 작용할지 의문이다. 과징금이 부과되는 경우에도 기획재정부 장관을 상대로 과징금부과처분 취소소송이라는 행정소송을 제기하여 권리구제를



받아야 할 것이다.

또한 입찰참가자격 제한 사유의 합리적 재조정을 통하여 제한 사유 및 과잉을 해소하여야 할 것이다. 부도 등 경영위기로 인한 부정당업자 제재처분에 대한 합리적 개선도 이루어져야 할 것이다. 즉 계약책임으로 전환하여 그 책임을 묻으면 되지 입찰참가제한처분까지 하는 것은 과잉이고 이익 형량에 맞지 않는다고 생각한다.



참고문헌

1. 단행본

- 김남진·김연태, 행정법 I (제11판), 법문사(2007).
박균성, 행정법론(상, 하)(제11판), 박영사(2012).
박윤흔, 행정법강의(상), 박영사(1998)
유지태 행정법신론(제11판), 신영사(2007)
한건우, 현대행정법강의(제2판), 신영사(2007)
홍준형, 행정법총론(제4판), 한울아카데미(2001)
정 원, 공공조달계약법, 법률문화원(2008)
장훈기, 정부계약제도해설, 범신사(1998)

2. 논문

- 김성근, 부정당업자 제재의 법적성격과 구제방안에 대한 고찰, 2010, 경희대 대학원 석사논문
전완중, 정부조달계약에 있어 부정당업자의 제한에 관한 법리 연구, 2011, 광운대 건설법무대학원 석사논문
이명의, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률상의 부정당업자 입찰참가자격제한에 관한 연구, 2007, 한양대대학원 석사논문.
김재호, 국가기관의 부정당업자 제재제도 개선방안 연구, 2011, 배재대학교 대학원 박사논문
박정훈, 부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제 문제, 서울대학교 법학 제46권(통권 제134호), 서울대학교(2005)
이영동, 공공계약을 둘러싼 몇 가지 문제, 사법논집 제44집 87-206, 법원도서관(2007)
이충선, 부정당업자 입찰참가자격제한 처분에 대한 소고, 공군법률논집 제7권 통권21호, 공군본부 공군법무감실(2003. 2.)
조홍석, 국가계약법제의 헌법상 문제점 - 부정당업자 제재와 관련



하여, 토지공법연구 제13집, 한국토지공법학회(2001. 11)

3. 기타

방위사업청, 사법부, 군납비리 업체에 경종을 울리다: 군납비리 업체의 입찰참가제한처분 집행정지 신청 ‘기각’, 2013. 보도자료
김경만, 부정당업자제재 제도의 개선방안에 대한 연구 : 조달청, 나라장터상의 실태를 중심으로, 2012, 고려대학교 행정대학원
국민권익위원회, 위반 내용에 따라 입찰참가 제한기간도 감경해 줘야, 2012, 국민권익위원회 보도자료

한국지방자치법학회, 지방계약법상 부정당업자입찰참가자격제한 제도의 개선방안에 관한 연구, 2011

국민권익위원회, 금품제공 등 부정당업자 제재의 실효성 제고, 2010, 국민권익위원회 보도자료

강운산, 부정당업자제재제도 개선 방안, 2010, 한국건설산업연구원
두성규, 현행 부정당업자제재제도의 문제점 및 개선 방안, 2013. 11, 한국건설산업연구원

정유철, 부정당업자제재처분에 대한 집행정지, 2010, 한국건설관리학회

미국의 부정당업자 제재제도, 2007, 조달청

캐나다의 부정당업자 제재제도 조사, 2007, 조달청

영국 정부조달에 있어서 부정당업자 제재 존재여부, 2007, 조달청
신봉기, 국가의 부정당업자 제재처분에 대한 권리구제, 동아법학 제29호(2001. 6)

홍준형, 정부투자기관의 부정당업자에 대한 입찰참가제한조치의 법적 성질, 1999, 행정법이론실무학회

강운산, 공공계약 불공정행위에 대한 과징금제도 도입 방안, 2010, 한국건설산업연구원



ABSTRACT

Remedy of Right against the Restriction on Qualification for Participation of Inappropriate Business Entities in Tendering Procedures Construction Work

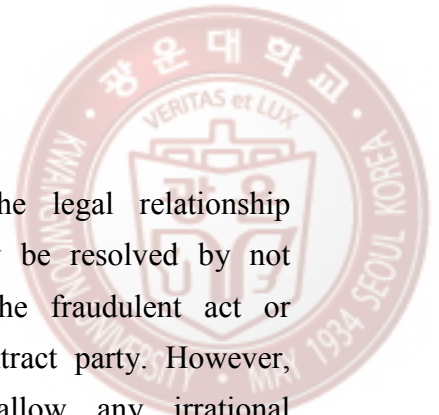
Graduate School of Construction Judicial Affairs of Kwangwoon University

Major in Certified Judicial Scriveners Act on Construction in the Department of Construction Judicial Affairs

Sang Man Kang

(supervised by Professor Chun Won Lee)


The purpose of this research is to plan the remedy of right against the disposition of the restriction on inappropriate business entities and imposition of fraudulent demerits. Identifying the drawbacks of such system and suggesting the direction of improvement by the theory of legislation are also necessary. Restriction on qualification for participation of inappropriate business entities is the system which restricts any person who is in bad faith regarding the tendering procedures and executed contracts carried out by government authorities on its qualification of participating in tendering procedures for certain period of time and prohibits such person from participating in tendering procedures carried out by any government authorities, local government and public enterprises and quasi government agencies for such restricted period of time. In the area of jurisdiction regulation



such as commercial law and civil law with the legal relationship formed under the civil law, such restrictions may be resolved by not selecting the other party again with regard to the fraudulent act or insincere performance of the agreement of the contract party. However, in the area of state contract, it does not allow any irrational discrimination under the principle of equal rights under the Constitution and the freedom of selecting the other party is restriction by principle except construction of facilities which requires specific ability and qualification under the applicable laws.

The extensiveness of contracts ordered by public institutions includes goods, services, construction of facilities and military procurement and while it plays a leading role in the development of industry, social irregularities regarding the contracts with the public institutions create causes of dissipation of the state budget, decrease in productivity of corporations and trust from citizens. Therefore, severe punishments on any illegal activities occurred during the contracting procedures with public institutions are necessary to improve transparency in public contracts and any business entities which breach the order of material contract laws such as bribing, should be punished by the concise standard procedures to assure the fair order of contract. However, the reality of restrictions should be reflected on the minor causes or unclear standard of restriction for the rational adjustment and improvement.

Under the subject of this research, which is the construction, restriction on improper business entities is restriction on qualification for participation in tendering procedures; therefore, the true nature of such system will be investigated through researching the field which is part



of the public law mainly in the broader field of state contract (public supply contract) and examining the Act on Contracts to which the State is a Party, its enforcement decree and enforcement regulations, along with relevant precedents and authoritative interpretation of Ministry of Strategy and Finance. Further, restrictions on qualification for participation in tendering procedures in developed countries such as the U.S.A., the U.K. and Canada, which adopt the inducing system, will be examined then compared with the legislative system of Korea which adopts the disciplinary system and further examine the drawbacks of and direction of improvement for the legislative system of Korea. Also, as the penalty is introduced to replace the restriction on the participation in tendering procedures as the legislation revision of the Act on Contracts to which the State is a Party recently, its system and laws to be based on will be examined together. When the fraudulent demerits are accumulated to certain point, the restriction on participating in tendering procedures become effective due to deduction in credit rating; its system, management, actual cases and remedy will be examined in this research. I had reviewed, put restrictions on, went through hearing procedure, cited suspension of execution of the restriction on participating in tendering procedures case under the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure and carried out the first trial of administrative litigation called litigation for revocation on the disposition of restricting the participation in tendering procedures at the ordering agency as state litigation officer and am currently working as an attorney after the resignation. Since the case I was in charge of was a rare case, the restriction on participating in tendering procedures system under the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure and relevant cases.

Further, the true condition of the restriction on participating in tendering procedures system in the field of construction will be briefly discussed to summarize its drawbacks and direction of improvement to end this dissertation.

