2012년도 한국지방계약학회 춘계학술대회

지방자치강화를 위한 지방계약의 발전방향

2012. 5.

- 일시: 2012. 5. 17(목) ~ 18(금) 12:00
- 장소: 충남 논산시 문화예술회관 1층 대공연장

사단법인 한국지방계약학회

2012년도 한국지방계약학회 춘계학술대회

지방자치강화를 위한 지방계약의 발전방향

2012. 5.

- 일시: 2012. 5. 17(목) ~ 18(금) 12:00
- 장소: 충남 논산시 문화예술회관 1층 대공연장

사단법인 한국지방계약학회

초청의 말씀

안녕하십니까?

지방계약학회가 출범한 지 어언 5년여의 세월이 지났습니다. 그 동안 지방계약분야의 발전이 꾸준히 이루어져 지방계약법의 분법 등 지방계약관련 제도의 발전과 연구가 심도를 더하여 가고 있습니다.

지방계약학회의 춘계세미나를 건강하고 열정적인 남성들이 대한민국의 충성스런 사나이로 거듭나는 충남의 논산에서 갖게 된 것은 점차 굳건해지고 있는 계약학회와 계약관련 공직자 여러분의 위상을 감안할 때 한 단계 더 비상하여 계약분야의 바탕을 더욱 굳건히 하라는 사회적 축복이 반영된 것이 아닌가 생각합니다.

이번 세미나에서는 실무 담당 공직자분들이 항상 어려움을 겪는 사례들에 대한 판례 동향과 부정당업자에 대한 제재의 적절성에 대해 검토하기로 하였습니다. 부디 많은 회원분들과 공직자 여러분, 관련 단체 여러분들께서 참여하셔서 깊이 있는 토론의 장으로 만들어 주실 것을 간곡하게 부탁드립니다.

2012년 5월

한국지방계약학회장 **신 종 렬**

학술대회 순서

■ 주요내용

〈제1분과〉 지방계약의 판례동향

사회자 : 신무섭(전북대학교 교수)
발제자 : 정　원(법무법인 율촌), “지방계약법 관련판례의 최근 동향”
토론자 : 김찬동(서울시정개발연구원), 박재완(한양대학교 교수),
이정만(공주대학교 교수), 이형석(행정안전부 회계계약팀)

〈제2분과〉 지방계약법상 부정당업자

사회자 : 최두선(대전시 감사관)
발제자 : 현승현(한국사회과학자료원)·배수호(성균관대)
“부정당업자 제재에 대한 행정관리방향”
토론자 : 최재석(법무법인 한신), 박강우(한국방송통신대학교 교수),
최다미(방위사업청 법무관), 권무순(서울시 재무국 계약팀장)

〈제3분과〉 우수사례발표

발제자 : 발제1. 권무순(서울시 재무국 계약팀장)
“지방계약사무운영의 현황과 성과”
발제2. 충남사례발제
질의토론

■ 세부 행사일정

시 간			내 용	비 고
17 (목)	14:00~14:20	20′	○ 개회사, 축사, 환영사	행정안전부, 논산시, 한국지방계약학회
	14:20~16:20	120′	○ 주제발표 및 토론 - 1주제: 지방계약법의 최근동향 - 2주제: 지방계약법상 부정당업자	한국지방계약학회
	16:20~17:50	90′	○ 지방계약예규 개정내용 설명	행정안전부
18 (금)	09:00~11:30	150′	○ 최근 지방계약제도 개선내용 및 향후방향	
			○ 자치단체 계약사례 발표	서울시, 충남도
	11:30~12:00	30′	○ 질의답변 및 건의사항 수렴	

목 차

▌제1분과 ▌ 지방계약의 판례동향

지방계약법 관련 판례의 최근 동향 ····· 1

정 원 (법무법인 율촌)

▌제2분과 ▌ 지방계약법상 부정당업자

부정당업자 제재에 대한 행정관리방향 ····· 43

현승현 (한국사회과학자료원) · 배수호 (성균관대)

제1분과

지방계약법 관련 판례의 최근 동향

정　　원
(법무법인 율촌)

지방계약법 관련 판례의 최근 동향

정 원 (법무법인 율촌)

1. 서설

2009. 1. 1.부터 2012. 2. 15.까지 선고된 판결 중 지방계약법과 관련하여 중요한 법리를 설시한 판례들을 선별하였다. 7개의 지방계약법 관련 주요 쟁점에 대한 총 11개의 대법원 및 고등·지방법원 판례를 소개하고자 한다. 특히 '국가계약법령을 위반하였을 경우 해당 입찰 또는 계약 관련 행위의 효력' 및 '조달청의 위탁구매대행의 법적 성질과 효력'에 대한 판례는 눈 여겨 볼만하다.

아래에서는 각 법리 별로 관련 판례를 취합하였고, 판례는 사실관계, 판결요지를 소개한 후 판결의 의의와 생각해볼 점 등을 설명하였다.

2. 국가계약법령을 위반한 경우의 법적 효력

가. 대법원 2010.11.11. 선고 2010다59646 판결(부당이득반환)

(1) 사실관계

원고는 1995. 4. 11. 서울특별시와 이 사건 부지에 관하여 무상 대부계약을 체결하였고, 그 계약기간이 종료한 후 서울특별시로부터 이 사건 부지에 관한 관리를 위임받은 피고로부터 2008. 4. 21. 이 사건 부지에 관한 새로운 대부계약서를 송부받고 그 계약서에 기재된 대부료 38,597,020원을 피고에게 납부하였다. 그러나 원고는 위 계약서에 기명·날인 또는 서명한 바 없다.

피고는 2008. 4. 21. 원고에게 대부계약서를 송부하면서 계약서에 기재된 대부료의 납부고지서를 함께 송부하였고, 원고는 위 대부료를 납부한 후 2008. 7. 18. 피고에게 납부한 대부료를 반환하여 달라는 취지의 이의신청을 하였는데, 피고는 2008. 9. 17. 원고의 위 이의신청에 대하여, 원고의 대부료 납부는 원고와 서울특별시 사이에 체결된 2008. 4. 21.자 대부계약에 터잡은 것이므로 이의신청은 이유 없다는 취지의 통보를 하였으며, 이에 원고가 피고를 상대로 서울행정법원에 피고의 2008. 4. 21.자 대부료 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나, 위 법원은 2009. 4. 23. 피고의 대부료 납부고지는 사법상의 이행청구에 해당할 뿐 항고소송의 대상이 될 수 없다는 취지의 이유로 소 각하 판결을 하였고, 그러자 원고는 납부한 대부료의 반환을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

(2) 원심판결의 요지

원심은, 원고가 피고에게 대부료를 납부한 것은 특별한 사정이 없는 한 서울특별시와 이 사건 부지에 관한 유상의 새로운 대부계약을 체결하는 것에 동의한 것으로 볼 수 있고, 원고가 위 대부료 납부 당시 이의를 유보하였다고 인정할 증거도 없으므로, 원고와 서울특별시 사이에 유효한 대부계약이 새롭게 체결된 것으로 보아야 한다는 취지의 이유로, 원고가 법률상 원인 없이 피고에게 대부료 상당의 금원을 지급하였음을 들어 그 반환을 구하는 이 사건 청구를 배척한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

(3) 대상판결 내용

대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였는데, 그 내용은 다음과 같다.

지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제14조 제1항, 제2항은 지방자치단체의 장 또는 계약담당자가 계약을 체결하고자 하는 경우에는 계약의 목적 · 계약금액 · 이행기간 · 계약보증금 · 위험부담 · 지체상금 그 밖에 필요한 사항을 명백히 기재한 계약서를 작성하여야 하며, 그 지방자치단체의 장 또는 계약담당자와 계약상대자가 계약서에 기명 · 날인 또는 서명함으로써 계약이 확정된다고 규정하고 있다. **그러므로 지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 위 규정에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 하고, 설사 지방자치단체와 사인 간에 사법상의 계약이 체결되었다 하더라도 위 규정상의 요건과 절차를 거치지 아니한 계약은 그 효력이 없다**(대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다14812 판결(공2004상, 382), 대법원 2009. 9. 24. 선고

2009다52335 판결 등 참조).

앞서 본 사실관계에 비추어 보면, 원고가 피고에게 대부료를 납부한 것은 피고의 납부고지가 행정처분인 것으로 오인하여 납부 지연시의 가산금 부과 등 불이익을 피하기 위하여 우선 피고가 고지한 대부료를 납부한 후 취소소송 등을 통하여 이를 다투려 한 것으로 보이므로, 원고가 대부료를 납부한 것이 서울특별시와의 새로운 대부계약의 체결에 동의한 것이라고 보기는 어렵다.

또한, 원고는 피고가 2008. 4. 21. 송부한 대부계약서에 기재된 대부료를 피고에게 납부하기는 하였으나 위 계약서에 날인하지도 아니하였는바, 앞서 본 법리에 비추어 설사 원고와 서울특별시 사이에 이 사건 부지에 관한 대부계약이 체결되었다 하더라도 그것이 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률이 정한 요건과 절차에 따라 피고의 장 또는 계약담당자와 원고가 계약서에 기명·날인 또는 서명하는 방법으로 체결되지 아니한 이상 그 효력이 없다고 보아야 한다.

(4) 검토

이미 대법원은 2009. 9. 24. 선고 2009다52335 판결 및 1993. 6. 8. 선고 92다49447 판결 등을 통해 "지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상 계약을 체결함에 있어서는 지방재정법에 의하여 준용되는 예산회계법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설사 지방자치단체와 사인간에 사법상의 계약 또는 예약이 체결되었다 하더라도 위 법령상의 요건과 절차를 거치지 아니한 계약 또는 예약은 그 효력이 없다."라고 판시한 바 있으며[1], 대법원 2004. 1. 27. 선고

2003다14812판결에 이르러서는 "지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어 따라야 할 요건과 절차를 규정한 관련 법령은 그 계약의 내용을 명확히 하고, 지방자치단체가 사인과 사법상 계약을 체결함에 있어 적법한 절차에 따를 것을 담보하기 위한 것으로서 강행규정이라 할 것이고, 강행규정에 위반된 계약의 성립을 부정하거나 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 위와 같은 입법취지를 몰각시키는 것이 될 것이어서 특별한 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의칙에 위반된다고 볼 수는 없다."는 취지의 판결을 추가하였다.

따라서, 본 판결을 통해 새로운 기준이 제시된 것은 아니고 본 판결은 기존의 대법원 판결의 취지를 재차 확인한 것에 불과하다.

대법원이 지속적으로 위와 같은 취지의 판시를 하고 있음에도 불구하고 관련 분쟁이 계속해서 발생하는 이유는 본 판결과 모순되는 것으로 이해될 소지가 있는 대법원 판결이 있기 때문이다. 즉, 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결에 따르면 "[1] 국가를당사자로하는계약에관한법률 및 그 시행령상의 입찰절차나 낙찰자 결정기준에 관한 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다 할 것이다. [2] 계약담당공무원이 입찰절차에서 국가를당사자로하는계약에관한법률 및 그 시행령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 기한 계약이 무효가 되는 것은 아니고, 이를 위배한 하자가

1) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다30811, 30828 판결에서도 같은 취지의 판시를 한 바 있다.

입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가를당사자로하는계약에관한법률의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다."라고 판시[2]하고 있는 바, 이러한 대법원 판결은 국가계약법령 내지 지방자치단체계약법령에 규정된 모든 기준과 절차는 국가의 내부규정으로 이해되도록 하고 있는 것이다. 또한 국가계약법령(이하 지방계약법령 포함) 규정의 형식(각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 … 하여야 한다.)을 보더라도 국가계약법령의 규정은 관계 공무원에 대한 수범규정으로 볼 소지가 다분하다. 결국, 2001다33604 판결과 각 중앙관서의 장(지방자

2) 서울행법 2005. 3.17 선고 2004구합3359 판결, 대법원 2006. 4.28 선고 2004다50129 판결등이 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 취지를 따르고 있다. 지방자치단체계약과 관련해서는 대법원 2006. 6. 19. 선고 2006마117 판결을 통해 같은 취지의 판시가 이루어진 바 있다. 2006마117판결의 취지는 아래와 같다.
"지방재정법에 의하여 준용되는 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법(私法)상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다고 할 것이므로, 계약 체결을 위한 입찰절차에서 입찰서의 제출에 하자가 있다 하여도 다른 서류에 의하여 입찰의 의사가 명백히 드러나고 심사 기타 입찰절차의 진행에 아무 지장이 없어 입찰서를 제출하게 한 목적이 전혀 훼손되지 않는다면 그 사유만으로 당연히 당해 입찰을 무효로 할 것은 아니고, 다만 그 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 그러한 하자를 묵인한 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 결과가 될 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다."

치단체의 장) 또는 계약담당공무원(계약담당자)에 대한 수범규정 형식을 취하고 있는 국가계약법 제11조(지방자치단체계약법 제14조)는 본 판결의 취지에 반하는 것으로 볼 수 있는 것이다.

그러나 대법원의 판결내용을 자세히 살펴보면 2001다33604 판결은 입찰 및 낙찰자결정에 국한된 것이고, 본 판결은 예약 및 계약의 성립과 관련한 것이라는 점에서 명확하게 구분된다는 점을 확인할 수 있다. 다시 말해 **대법원은 입찰절차 및 낙찰자 결정과 관련한 국가계약법령상의 규정을 내부규정으로 보는 반면, 예약 및 계약의 성립과 관련한 국가계약법령상의 규정은 강행규정으로 보고 있는 것이다.** 대법원 판결은 적어도 적용대상에 있어 분명히 구별을 하고 있다는 이야기다. 문제는 왜 그렇게 구분하여야 하며, 그러한 구분이 객관적 근거와 명분을 가지고 있는가 하는 것이다. 이와 관련하여 2가지 점을 지적하고자 한다. 우선 본 판결과 관련해서는 내부 수범규정의 형식을 취하고 있는 국가계약법 제11조 제1항(지방자치단체계약법 제14조 제1항 포함, 이하 같다)을 강행규정으로 보는 것은 재고될 필요가 있다. 국가계약법 제11조 제1항에 기재된 요건 중 일부를 불비하더라도 당사자간 신의성실에 근거한 계약으로서 의미를 갖는 경우가 존재할 수 있는 바, 이러한 경우까지 모두 계약의 성립을 부정할 경우 공공조달계약을 사법상 계약으로 보고 있는 대법원의 기본적인 입장(대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결 등)과 신의성실의 원칙을 규정하고 있는 국가계약법 제5조(지방자치단체계약법 제6조)와 충돌하게 되는 문제가 발생하기 때문이다. 한편 2001다33604판결과 관련해서는 비록 입찰절차 및 낙찰자 결정기준에 관한 법령 및 회계예규 규정이 국가 내부규정에 해당한다 하더라도 그것이 입찰공고 내지 입찰유의서 등을 통하여 해당 입찰 및 낙

찰자 결정에 적용할 기준으로 공표가 된 이상 관련 기준은 해당 입찰 및 낙찰자 결정에 있어 지켜야 할 약속(기준)으로 평가되어야 할 필요가 있다. 따라서, 적어도 공표된 기준의 적용오류로 인하여 낙찰자가 달라지는 경우와 관련해서는 2001다33604 판결 취지는 변경될 필요가 있다.

나. 대법원 2010. 1 .28. 선고 2009도11868 (특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반)

(1) 사실관계

소유자인 충청북도로부터 권한을 위임받은 진천교육청은 이 사건 교육청 토지를 매도함에 있어서 관련 법령에 따라 공개경쟁입찰 절차를 거쳐 피해자 회사의 직원인 피고인을 낙찰자로 선정한 다음, 매매금액, 계약보증금, 매매잔금의 납입시기, 기타 필요한 사항과 매수인을 피고인으로 명시한 계약서를 작성하고 진천교육청 교육장과 피고인이 각 기명·날인하였다. 이 사건 입찰 및 계약당시 진천교육청도 피해자 회사가 이 사건 교육청 토지 매입 자금을 조달하고 입찰에 참여한 피고인은 단순히 명의를 빌려주는 사람이라는 것을 잘 알고 있었다.

(2) 원심 판결의 요지

원심은 피해자 회사가 이 사건 교육청 토지에 관한 매매계약의 당사자로서 매도인인 충청북도와 사이에 매매계약을 체결한 다음 그 등기만을 충청북도로부터 피고인 앞으로 직접 이전하도록 한 것으로서, 이는 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 삼자간 등기명의신탁에 해당하고 그와 같은

관계에서는 명의수탁자인 피고인이 이 사건 교육청 토지의 등기명의인으로서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있고, 이 사건 교육청 토지가 협의수용되어 피고인이 보상금을 수령하였다면 그 보상금에 대하여도 여전히 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다는 이유로, 피고인이 위 보상금을 임의로 소비한 행위가 피해자 회사에 대한 관계에서 횡령죄에 해당한다고 판단하였다

(3) 판결내용

이에 대하여 본 판결은 아래와 같이 판시하였다.

이 사건 매매계약이 체결된 당시 시행되던 구 지방재정법(2004. 1. 29. 법률 제6400호로 개정되기 전의 것) 제63조는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관하며 이 법 및 다른 법령에서 정한 것을 제외하고는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률의 규정을 준용한다고 규정하고 있고, 이에 따른 준용조문인 구 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(2002. 12. 30. 법률 제6836호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항, 제2항은 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결하고자 할 때에는 계약의 목적·계약금액·이행기간·계약보증금·위험부담·지체상금 기타 필요한 사항을 명백히 기재한 계약서를 작성하여 그 담당공무원과 계약상대자가 계약서에 기명·날인 또는 서명함으로써 계약이 확정된다고 규정하고 있다. 따라서 지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 위 법률에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 지방자치단체와 사인 간에 사법상의 계약 또는 예약이 체결되었다 하더라도 위 법률상의 요건과 절차를 거치지 아니한 계약

또는 예약은 그 효력이 없다(대법원 2004. 1. 27 선고 2003다14812 판결 등 참조).

이러한 관련법령의 규정에 나타난 계약확정을 위한 요건과 절차, 이에 위반된 계약의 효력 등에 비추어 보면, 이 사건 매매계약의 체결경위나 소요자금의 부담관계 등의 사정을 고려하더라도, 이 사건 매매계약에서 충청북도의 계약상대방으로서 매수인의 지위에 있는 자는 그 계약서 표시된 바에 따라 피고인으로 봄이 상당하다.

따라서 원심판단에는 이 사건에서 횡령죄 판단의 전제가 된 매매당사자 확정에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다.

(4) 검토

본 판결은 형사 판결이기는 하나, 앞에서 소개한 대법원 2010.11.11. 선고 2010다59646 판결과 유사한 논점을 다루고 있다. **즉, 지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 위 법률에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 하므로, 계약서에 표시된 자를 계약당사자로 보아야 한다는 것이다.** 본 판결에서 법원은 계약당사자인 피고인은 보관자 지위에 있다고 볼 수 없다는 이유로 횡령죄는 무죄라고 판시하여 원심판결을 파기하고 원심법원에 환송하였다.

다. 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다51288(손해배상)

(1) 사실관계

(가) 피고(OO군)는 원고와 2002.4.3. 다음과 같은 조건으로 분뇨처리시설보강 및 축산폐수공공처리시설공사사업(이하 '이 사건 사업')에 관한 기술공동개발협약(이하 '이 사건 협약')을 체결하였다.

- 이 사건 사업에 있어 A사의 공법을 채택하기로 하고, 관계 법령에 의거한 설계작업이 완료된 후 원고와 위 공법을 이용한 시설공사(이하 '이 사건 공사')계약을 체결하기로 함
- 원고는 공사기간 단축을 위하여 기계장비(이하 "이 사건 기계장비")를 미리 주문·제작하며 피고측의 사정으로 시설공사계약이 체결되지 아니하는 경우에는 피고는 선발주 기계설비 대금 등 원고의 손해를 배상하기로 함

(나) 피고는 2002.5.28. 금□엔지니어링주식회사에게 이 사건 사업의 타당성 조사, 기본 및 실시설계 용역을 발주하여, 2003. 12. 12. 설계도서를 최종 보고받은 후 2004. 7. 6.부터 2005. 1. 7.까지 사이에 충청남도에 3차례에 걸쳐 분뇨처리시설 보강사업 변경 및 축산폐수공공처리시설 설치승인을 신청하였으나, 모두 반려되거나 보완요구를 지시받았다.

(다) 원고는 2002. 5. 2. 신용장을 개설하는 등 이 사건 기계장비의 주문·제작을 위한 절차를 진행하여 이 사건 기계장비가 2002. 11. 11. 부산항을 통하여 수입하였다.

(라) 이후 피고는 원고로부터 시설공사계약의 체결을 독촉받자, 피고측의 사정으로 사업이 지연되고 있으나 조속한 시일 내에 절차를 추진할 것이라

고 통보하여 오다가, 2005.1. 경 이 사건 사업과 관련하여 특혜의혹이 있다는 언론보도가 나오고 관련 공무원들에 대한 경찰수사가 개시되자, 이후 이 사건 사업을 더 이상 추진하지 못한 채 원고와의 계약체결을 거부하였다.

(마) 원심(2007나112204)은, 피고의 귀책사유로 이 사건 시설공사계약이 체결되지 못하였으므로 피고는 이 사건 협약에 따라 원고가 이 사건 기계장비를 수입하여 보관하는 데 지출한 비용 상당의 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였고, 이에 피고가 불복하여 상고하였다.

(2) 대상판결 내용

대법원은 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하는 판결을 하였는데 관련 재판요지는 위 본 판결의 경우 앞서 살펴본 2010다59646 판결의 판시사항과 동일하다. 본 판결과 관련하여 주목하여야 할 대목은 계약권한이 있는 자와의 이 사건 협약이 체결되었고 이 사건 협약에는 선발주를 허락함과 동시에 발주기관의 사정을 공사계약이 체결되지 못한 경우 선발주 기계설비 대금을 피고에게 배상하도록 하는 약정이 포함되어 있음에도 불구하고, 이 사건 협약이 국가계약법 제11조 제1항의 기재요건을 포함하지 않았으므로 그 효력을 인정할 수 없다는 것을 분명히 하였다는 점이다. 즉 본 판결은, "이 사건 공사의 대금이나 이를 확정할 방법과 기준 등에 관한 아무런 규정이 없고, 피고측의 사정으로 시설공사계약이 체결되지 아니하는 경우에 피고가 배상하기로 한 기계설비 대금 등 원고측의 손해액이 얼마인지 정해져 있지 않을 뿐 아니라 이를 특정할 기준이나 방법도 정해져 있지 않다. 그렇다면 이 사건 협약서는 구 지방재정법이 준용하는'국가를 당사자로

하는 계약에 관한 법률'에서 정한 요건과 절차를 거치지 아니한 계약 또는 예약으로서 앞서 본 법리에 따라 그 효력이 없다고 봄이 상당하다."라고 판시하였다.

(3) 검토

국가계약법 제11조 제1항은 국가를 당사자로 하는 계약 체결시 그 계약의 실체적 요건에 관한 것이고, 같은 조 제2항은 형식적 요건에 관한 것으로 이해된다. 이 사건 협약의 경우 담당공무원과 계약상대자가 그 협약에 기명날인 또는 서명을 하였음에도 불구하고, 이 사건 협약에는 국가계약법 제11조 제1항 소정의 기타 필요한 사항이 기재되지 않았다는 점에서 대법원은 원심과 달리 이 사건 협약의 효력을 부정하였다.

그러나, 국가계약법 제11조 제1항(지방자치단체계약법 제14조 제1항)을 강행규정으로 이해하는 것은 신의성실에 입각한 공공조달계약의 운용을 부정하여 거래질서를 해하고 일방당사자에게 일방적 피해를 강요하는 결과를 발생시킬뿐더러 수범규정의 형식을 취하고 있는 해당 조항의 형식과도 모순되는 것이다. 따라서 본 판결에 대해서는 지나치게 발주기관을 옹호함으로써 계약당사자 간의 자유로운 의사합치에 근거한 거래질서를 무력화 시켰다는 비판이 가능할 것이다. 어찌되었건 국가계약법에 따라 국가와 계약 또는 예약을 체결하려고 하는 자로서는 그 계약 또는 예약의 이행은 물론 이행지체, 이행불능, 위험부담, 손해배상 등과 관련하여 구체적인 기준과 방법을 분명히 정한 관련 계약이 체결되도록 충분한 주의를 기울여야 할 것이다.

라. 대법원 2010.4.8. 선고 2009마1 결정(가처분이의)

(1) 사실관계

채무자가 실시한 전자입찰 공고에 의하면 공사금액은 기초금액을 1,717,568,000원으로 하고, 기초금액의 ±3% 범위 내에서 복수예비가격 15개 중 4개를 추첨하여 산술평균한 금액을 예정가격으로 하며, 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제42조 등에 의하여 예정가격 이하로 최저가입찰자 순으로 적격심사를 하여 총평점이 95점 이상인 최저가입찰자를 낙찰자로 결정하도록 되어 있다. 이에 채권자를 포함한 240개 업체가 위 입찰절차에 참가하여 2008. 6. 30. 예정가격 결정 및 개찰절차가 실시되었는데, 입찰집행관이 위 "±3%"를 "±2%"로 컴퓨터상 잘못 입력하는 바람에 전자추첨 결과 기초가격 대비 +2% 범위 내의 예비가격 8개, -2% 범위 내의 예비가격 7개가 결정되어 그 번호만 입찰참가 업체들에게 공개되었고, 그 후 입찰참가 업체들이 예비가격 15개 번호 중 2개씩을 선택하여 그 중 가장 많이 선택된 4개 번호의 예비가격이 최종 복수예비가격이 되었으며, 위 각 금액을 산술평균한 금액이 최종 예정가격으로 정해지고, 여기에 낙찰하한율 86.745%를 적용하여 낙찰하한가가 1,496,951,678원으로 결정되었다. 이어서 행해진 개찰결과 1,497,097,620원의 금액으로 입찰한 채권자가 최저가입찰자가 되었는데, 채무자는 채권자에 대한 적격심사나 낙찰자선정 등의 후속절차를 진행하지 않은 채 2008. 6. 30. 새로운 입찰공고를 하였고, 2008. 7. 3. 이미 실시된 위 2008. 6. 30.자 입찰절차의 무효공고를 하였다.

(2) 원심판결의 요지

원심은 위 사실들에 비추어 인정되는 여러 사정들을 종합하여 다음과 같이 판시하였다.

이 사건 입찰집행시 입찰공고와 달리 기초금액 대비 복수예비가격의 범위 "±3%"를 "±2%"로 컴퓨터상 잘못 입력하는 바람에 전자추첨 결과 기초금액 대비 +2% 범위 내의 복수예비가격 8개, -2% 범위 내의 복수예비가격 7개만이 결정되고 그에 터잡아 예정가격이 결정된 하자가 있었다 하더라도, 그 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 위 예정가격 결정 및 그에 터잡아 이루어진 채권자의 최저가입찰자 지위 보유가 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것이 분명하다고 할 수 없고, 일부 업체들이 복수예비가격 선정범위 ±3%를 신뢰하여 현실적으로 그 한계선에 근접한 예정가격을 토대로 입찰금액을 제시하였다 하더라도, 복수예비가격이 사전에 공개되지 않은 이상 입찰절차의 투명성이 훼손되었다거나 동등한 입장에 있는 입찰자들의 예측가능성을 현저히 저해하였다고 할 수도 없으므로, 이 사건 입찰집행시의 예정가격 결정 및 그에 터잡아 이루어진 채권자의 최저가입찰자 지위 보유에 무효사유가 존재한다고 볼 수 없다.

따라서 원심은 채무자가 위 예정가격 결정 및 채권자의 최저가입찰자 지위 보유를 무효화한 조치는 효력을 인정할 수 없다고 판단하였다.

(3) 판결내용

대법원은 원심결정을 파기하고 원심법원에 환송하였다. 그 내용은 아래

와 같다.

지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제42조에 의한 적격심사절차를 예정하고 있는 이 사건 전자입찰에는 위와 같이 예정가격 결정의 기초가 되는 복수예비가격의 상하범위를 입찰공고와 달리 기초금액의 ±2%로 입력한 하자가 있음이 분명하고, 이로 인하여 기초금액의 +2%와 +3% 사이에서 또는 -2%와 -3% 사이에서 예정가격이 결정될 것으로 예상하여 그 금액에 낙찰하한율을 곱한 금액으로 입찰금액을 결정하여 입찰한 업체들은 원천적으로 낙찰 가능 범위에서 배제되는 결과가 되었으므로, 그러한 입찰자가 전체 입찰참가자 중 소수에 불과하다 하더라도, 복수예비가격 및 예정가격 결정상의 위와 같은 하자로 인하여 다른 입찰자의 정당한 이익을 해하거나 입찰의 공정성에 영향을 미칠 우려가 있다고 봄이 상당하므로, 이미 개찰이 이루어져 최저가입찰자가 가려진 상태라 하더라도 입찰시행자인 채무자는 위와 같은 하자를 이유로 입찰절차를 취소하거나 무효로 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

즉, 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제42조에 의한 계약이행능력 심사제도가 적용되는 입찰절차에서 개찰이 실시되어 최저가격 입찰자가 가려졌으나 아직 낙찰자 결정이 이루어지지 않은 경우, 그 입찰절차에 관련 법령의 규정이나 입찰공고에 어긋나는 하자가 있고 그 하자로 인하여 다른 입찰자의 정당한 이익을 해하거나 입찰의 공정성과 투명성에 영향을 미칠 우려가 있다고 인정된다면 입찰시행자는 당해 입찰절차를 취소하거나 무효로 할 수 있다고 보아야 하고, 아직 낙찰자를 결정하거나 계약을 체결하지 않은 이상 반드시 그 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성을 현저히 침해할 정도로 중대하고 입찰자들이 그러한 사정을 알았

거나 알 수 있었어야만 한다거나, 누가 보더라도 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 최저가입찰자가 결정되었음이 분명하여야만 입찰절차를 취소하거나 무효로 할 수 있는 것은 아니다.

(4) 검토

대법원은, "국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약의 입찰절차에 하자가 있는 경우, 그 하자로 인하여 당해 입찰에 따른 낙찰자의 결정 내지 그에 기하여 체결한 계약을 무효라고 해석하기 위한 기준을 제시하면서, 계약 체결을 위한 입찰절차에서 입찰서의 제출에 하자가 있다 하여도 다른 서류에 의하여 입찰의 의사가 명백히 드러나고 심사 기타 입찰절차의 진행에 아무 지장이 없어 입찰서를 제출하게 한 목적이 전혀 훼손되지 않는다면 그 사유만으로 당연히 당해 입찰을 무효로 할 것은 아니고, 다만 그 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 그러한 하자를 묵인한 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 결과가 될 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다."고 판시한 바 있다(대법원 2001. 12. 11.선고 2001다33604 판결, 대법원 2006. 6. 19. 선고 2006마117결정 등 참조).

원심은 이와 같은 법리를 적용하여 입찰절차를 무효로 한 채무자의 조치가 효력이 없다고 판단한 것으로 보인다.

그러나 본 판결을 통해 대법원은 원심법원이 기존 대법원 판결 등 진정한 취지를 이해하지 못하고 법리를 잘못 적용하였음을 분명히 하였다. **즉, 기존 2001다33604판결 등의 판시 취지는 하자있는 입찰절차 진행을 최대한 유효한 것으로 보겠다는 것이 아니라 하자있는 입찰절차 진행과 관련한 발주기관의 판단을 최대한 존중하고자 하는 데 있다라는 것을 본 판결을 통해 분명히 한 것이다**. 따라서, 본 판결을 통해 대법원은 위 사례에서 해당 지방자치단체가 새로운 입찰에 부치지 않고 반대로 채권자를 낙찰자로 결정하였다 하더라도 그러한 결정이 무효가 되지 않는다는 것을 밝힌 것으로 이해하여도 무방할 듯하다.

필자는 위와 같은 대법원의 입장이 이해가 되지 않는 것은 아니나 발주기관에게 과도한 재량을 부여함으로써 오는 입찰절차의 혼란과 입찰참가자들의 상실감, 형평성 등의 측면에서 본 판결의 결과에는 동의할 수 있지만 숨겨진 취지에는 동의할 수 없다. 지방계약 역시 사법상의 법률행위이기에 기본적으로 일반사법의 원칙과 법리에 기반을 두고 판단을 하여야 하는데, 공공입찰이라는 특수성을 강조하여 발주기관에게 일방적인 면죄부를 주는 것은 국민의 불신을 조장하고 공정한 입찰질서 구현에도 도움이 되지 않기 때문이다.

3. 기타공공기관에 의한 부정당제재 처분의 법적 성격

- 대법원 2010.11.26. 선고 2010무137 결정【부정당업자제재효력정지】

가. 사실관계

수도권매립지관리공사가 甲에게 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분을 하자, 甲이 제재처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 행정소송을 제기하면서 제재처분의 효력정지신청을 한 사안.

나. 대상판결 내용

[1] 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서는 행정처분 자체의 적법 여부는 원칙적으로 판단의 대상이 아니고, 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 관한 행정소송법 제23조 제2항에서 정한 요건의 존부만이 판단의 대상이 되는 것이다. 다만, 집행정지는 행정처분의 집행부정지원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 또 본안에서 원고가 승소할 수 있는 가능성을 전제로 한 권리보호수단이라는 점에 비추어 보면, 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 집행정지의 요건에 포함시키는 것이 옳다.

[2] 행정소송의 대상이 되는 행정처분은, 행정청 또는 그 소속기관이나 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 공공기관이 국민의 권리의무에 관계되는 사항에 관하여 공권력을 발동하여 행하는 공법상의 행위를 말하며, 그것이 상대방의 권리를 제한하는 행위라 하더라도 행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공기관의 행위가 아닌 한 이를 행

정처분이라고 할 수 없다.

[3] 수도권매립지관리공사가 甲에게 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분을 하자, 甲이 제재처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 행정소송을 제기하면서 제재처분의 효력정지신청을 한 사안에서, **수도권매립지관리공사는 행정소송법에서 정한 행정청 또는 그 소속기관이거나 그로부터 제재처분의 권한을 위임받은 공공기관에 해당하지 않으므로, 수도권매립지관리공사가 한 위 제재처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라 단지 甲을 자신이 시행하는 입찰에 참가시키지 않겠다는 뜻의 사법상의 효력을 가지는 통지에 불과**하므로, 甲이 수도권매립지관리공사를 상대로 하여 제기한 위 효력정지신청은 부적법함에도 그 신청을 받아들인 원심결정은 집행정지의 요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

다. 검토

공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항은 "공기업·준정부기관은 공정한경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다."고 규정하고 있다. 대상판결의 피신청인 수도권매립지관리공사는 환경부 산하 기타공공기관으로서 위 조항에 따른 부정당제재처분 권한을 가지지 못한다. 대상판결은 '기타공공기관'에 의한 입찰참가자격제한은 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다는 점을 확인한 판결이다. 따라서, 해당 업체는 민사가처분 등을 통한 권리구제를 도모하여야 하는 것이다.

4. 공동이행방식의 공동수급체에서 다른 연대채무의 부담부분을 변제한 연대채무자가 다른 연대채무자의 보증인에 대하여 직접 구상권을 행사할 수 있는지

- 서울고등법원 2012. 2.15. 선고 2011나85064【보험금】

가. 사실관계

SH공사와 공동이행방식의 공사도급계약을 체결한 A사와 B사는 SH공사에 대하여 공사로 인한 하자담보책임을 연대하여 부담하기로 약정하였다. 이에 A사와 B사는 각 출자비율(54:46)에 근거하여 각 하자보증보험계약을 체결하였다. 그 후 A사가 이 사건 공사 완공 이후에 경영 악화 등으로 SH공사가 요청한 하자보수를 이행하지 못하자 SH공사는 연대채무가 있는 B사에 대하여 하자보수이행을 촉구하는 한편 A사의 하자보증보험사인 C사에게 보험금을 청구하였다. B사와 A사는 B사가 A사를 대신하여 하자보수공사를 직접 이행하기로 합의하였고, B사는 해당 하자보수공사 이행을 완료하였다. 한편 C사는 SH공사의 보험금 청구에 따라 보험금 5억여원을 SH공사에 지급하였는데, SH공사는 서울특별시에 대한 질의회신결과에 따라 기지급 보험금을 C사에 반환하였다.

이에 B사(원고)는 이 사건 하자보수의무를 이행함으로써 A사에 대한 구상권을 취득함과 동시에 A사에 관한 구상권을 확보하기 위한 변제자 대위의 법리에 따라 SH공사로부터 피고에 대한 위 5억여원의 보험금 청구권을 포함하여 A사의 하자보수공사의무와 관련한 SH공사의 모든 권리를 이전받았다는 이유로 C사(피고)에 대하여 이 사건 보험금의 지급을 청구하였다.

나. 판결내용

담당재판부는 아래와 같은 판시이유 등을 들어 원고의 청구를 인용하였다.

“원고에게 채무자인 A사에 대한 구상권이 발생하였는지 보건대 연대채무자가 자신의 부담부분을 초과하는 범위의 채무를 변제하는 경우에는 자기의 채무를 변제하는 변제하는 것에 지나지 않으므로 다른 연대채무자에 대한 구상권이 인정되지 않는다고 볼 수도 있으나, 내부적인 관계에서는 각 채무자가 자신의 부담부분에 한해서만 의무를 부담할 뿐 부담부분을 초과하는 부분에 관해서까지 의무를 부담하는 것은 아니므로 이러한 경우에 있어서도 자신의 부담부분을 초과하여 채무를 변제한 연대채무자는 다른 연대채무자에 대하여 구상권을 취득한다 하겠다.

따라서 자신의 부담부분을 초과하여 A사의 부담부분을 변제한 원고로서는 A사에 대하여 A사의 부담부분에 관한 구상권을 행사할 수 있고, 위와 같은 구상권을 확보하기 위한 변제자 대위의 법리에 따라 이 사건 하자보수공사의무와 관련하여 채권자인 SH공사가 가지고 있던 모든 권리를 행사할 수 있다 하겠다. 피고가 들고 있는 판례(대법원 1991. 10. 22. 선고 90다20244판결 등)는 다른 연대채무의 부담부분을 변제한 연대채무자가 다른 연대채무자의 보증인에 대하여 직접 구상권을 행사할 수 있는지에 관한 것으로 연대채무자가 다른 연대채무자의 부담부분을 변제한 후 연대채무자에 대한 구상권을 확보하기 위한 변제자 대위의 법리에 따라 채권자가 가지는 인적담보에 관한 대위권을 근거로 한 이 사건과는 그 사안을 달리하는 것으로 이 사건에 적용될 수 있는 것이 아니라 하겠다.”

다. 검토

공동계약에서 반복해서 발생할 수 있는 사안이라는 점에서 시사점이 크다. 공동수급체 당사자간의 법률관계 및 하자보증보험의 법리에 비추어 볼 때 본 판결의 결론은 일응 타당한 것으로 여겨진다. 본 판결의 경우 아직 확정된 것은 아니라는 점에서 향후 추이를 살펴볼 필요가 있다.

5. 장기계속계약에서 수급인의 귀책사유 없는 공기연장에 따른 계약금액 조정 신청 시기

- 광주고등법원 2010. 6. 23. 선고 2009나5420(공사대금)

가. 사실관계

(1) 원고들은 원고 ○○건설을 대표자로 하는 공동수급체를 구성하여(출자비율은 원고 ○○건설이 36%, 원고 *△건설이 34%, 원고 @▣건설과 원고 ●×이 각 15%이다) 2001. 12. 22. 피고와, ○○시 ○○동 경찰서부터 ○동 버스터미널까지의 도로개설공사 중 토목공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)에 관하여 계약금액 200,000,000원, 총공사 부기금액 28,391,286,000원, 공사기간 2001. 12. 27.부터 2002. 12. 27.까지(착공후 금차 12개월, 총차 36개월)로 하는 공사도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라고 한다)을 체결하였다.

(2) 이 사건 도급계약은 장기계속공사 방식(낙찰 등에 의하여 결정된 총공사 금액을 부기하고 당해 연도의 예산의 범위 안에서 각 차수별 계약을

하는 방식)으로 7차에 걸쳐 체결되었다.

(3) 원고들과 피고는 이 사건 도급계약 체결시 공사계약일반조건 등을 계약 내용의 일부로 하기로 약정하였다.

(4) 이 사건 공사는 최초 도급계약시에는 총 공사기간이 2001. 12. 27.부터 2004. 12. 26.까지 1,095일이었는데, 공사에 필요한 예산의 부족, 공사구간에 대한 용지 보상의 지연 등 피고의 귀책사유로 인하여 총 공사기간이 2001. 12. 27.부터 2008. 7. 10.까지 2,387일로 변경되었고, 원고들은 이와 같이 공사기간이 변경됨에 따라(1,292일 증가) 간접노무비 935,354,953원, 직접계상경비 205,014,793원, 승률계상경비 88,173,631원, 가시설자재 추가손료 168,739,504원, 터널굴착장비 추가사용료 1,010,215,376원을 지출하고, 기타 추가비용으로 관재자재 대체비용 29,820,093원, 설계비용 369,186,000원을 각 지출하였으며, 위 각 비용에 대한 위 각 비용 발생일로부터 2008. 8. 31.까지 상법소정의 연 6%의 비율로 계산한 285,969,427원 상당의 손실을 입었다

(5) 이에 원고는 위와 같은 공사기간의 변경은 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 "지방계약법") 및 동법 시행령, 공사계약일반조건에서 정한 계약금액 조정사유에 해당하고, 한편 장기계속계약에 있어 공기연장으로 인한 계약금액의 조정은 차수별 계약을 기준으로 할 것이 아니라 전체분 계약을 기준으로 그 총 준공대가의 지급 전에 이를 신청하면 가능하다라고 주장하면서 위 손실액 상당의 공사대금을 청구하였고, 반면 피고는 지방계약법 등에 의하여 계약금액조정을 하려면 차수별 공사계약의 이행에 착수하기 전에 완료하여야 하는데, 원고들이 계약금액의 조정신청을 한 때는 2008. 8. 5.로서 이는 차수별 공사의 준공까지 마친 후이므로

이 사건 공사에 관하여 원고들의 적법한 계약금액 조정신청이 있었다고 볼 수 없다고 주장하였다.

나. 대상판결 내용

본 판결에서 법원은 다음과 같이 판시하였다.

(1) 계약금액의 조정은 조정사유가 발생하였다고 하여 자동적으로 이루어지는 것이 아니고 위 관련규정에 따른 요건을 충족할 경우 정해진 절차에 따라 계약당사자의 상대방에 대한 적법한 계약금액 조정신청에 의하여 비로소 금액조정이 이루어지는 것이다,

(2) 또한 계약금액조정에 앞서 그 대가가 이미 지급된 경우에는, 증액조정이나 감액조정을 불문하고 그것이 개산급으로 지급되었거나 계약당사자가 계약금액조정을 신청한 후에 지급된 것이라면 이는 차후 계약금액의 조정을 염두에 두고 일단 종전의 계약내용에 따라 잠정적으로 지급된 것이므로 계약금액조정의 대상이 된다,

(3) 이와 달리 당사자 사이에 계약금액조정을 염두에 두지 않고 확정적으로 지급을 마친 기성대가는 당사자의 신뢰보호 견지에서 계약금액조정의 대상이 되지 아니한다고 할 것이므로(대법원 2006. 9. 14. 선고 2004다28825 판결 참조), 공사기간의 변경 등 계약내용의 변경으로 인해 계약금액을 조정하여야 할 필요성이 있다면 계약당사자의 적법한 조정신청에 의해 계약금액을 조정하는 절차를 거쳐야 하고 이러한 절차를 거치지 않았다면 단지 계약금액 조정사유가 있다는 것만으로는 추가비용의 지급을 청구할 수 없다 할 것이다.

(4) 또한 계약금액조정을 위한 조정신청을 아무런 기간의 제한 없이 할 수 있다고 한다면 거래상대방의 신뢰보호 및 거래안전에 커다란 지장을 초래할 우려가 있으므로 조정신청기간을 합리적으로 제한하여야 할 필요성이 있는 점, 이 사건 도급계약의 내용이 되는 공사계약일반조건에도 공사기간의 변경 등 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우 변경되는 부분의 이행에 착수하기 전에 계약내용의 변경을 완료하여야 한다고 정하고 있는 점(제23조 제2항), 계약금액의 조정은 계약당사자간의 이해가 상반되는 사항이고 계약내용의 중요한 부분이므로 계약내용을 변경하면 그에 부수하여 계약금액도 함께 변경될 필요가 있고 통상 그렇게 하는 것이 일반적이라고 보이는 점, 특히 장기계속공사계약의 경우 공사기간의 장기화로 인하여 통상 차수별로 계약을 체결하게 되는데 각 차수별 계약은 하나의 독립된 계약이라고 보아야 하고, 동일 차수에서도 여러 차례 변경계약을 체결하는 동안 공사기간의 변경으로 인한 공사금액의 증액 또는 감액이 각 차수별 계약내용에 반영된다고 봄이 상당한 점, 차수별로 공사가 완성되고 그 대금이 지급되면 당해 공사계약에 따른 계약당사자 쌍방이 의무이행이 완료되어 특별한 사정이 없는 한 그 이후에는 당해 계약과 관련된 이행의 문제가 남지 않는 점, 계약금액 조정사유가 존재함에도 불구하고 조정신청을 하지 아니하였고 공사완공으로 인한 공사대금 지급이 완료되었는데도 불구하고 그 후 아무런 기간의 제한 없이 이미 지급된 공사대금에 관하여 조정신청을 할 수 있다고 한다면 조정신청을 해태한 자를 보호하기 위하여 지나치게 계약상대방의 지위를 불안하게 만들 뿐 아니라 거래의 안전을 해칠 우려가 있는 점 등을 종합하여 보면, **장기계속공사로서 각 차수별로 계약이 체결되어 당해 공사의 완공에 따라 대금이 지급되**

는 경우에는 공사기간의 연장으로 인한 계약금액 조정신청은 일방 당사자가 우월한 지위를 이용하여 상대방의 조정신청을 방해하는 등의 특별한 사정이 없다면, 당해 차수별 공사의 기성금액의 지급 전에 하여야 하는 것으로 봄이 거래안전 및 신뢰보호원칙상 타당하다고 할 것이다(따라서 장기계속 계약에 있어 계약금액의 조정신청을 차수별 계약이 아닌 전체분 계약의 준공대가 완료 전에 하여야 한다는 원고들의 주장이나, 차수별 계약의 이행에 착수하기 전에 하여야 한다는 피고의 주장 모두 이유 없다).

(5) 한편, 이와 관련하여 조달청은 장기계속공사에 있어서 계약금액의 조정은 차수별준공대가의 지급신청 전까지 신청하여야 가능하다고 유권해석을 하고 있으며, 2006. 5. 25. 개정된 공사계약일반조건(회계예규 2000.04-104-14, '06. 5. 25.)은 제20조 ⑨항, 제23조 ⑤항에서 장기계속계약의 경우 계약금액조정신청은 각 차수별 준공대가 수령 전까지 하여야 한다고 규정하여 그 신청시기를 명확히 하고 있다.

(6) 본 판결은 위와 같은 판단을 전제로 원고들의 청구의 당부에 관하여 각각 판단하고(자세한 내용은 생략), 제1심 판결은 결론에 있어 정당하다는 이유로 원고들의 항소와 피고의 부대항소를 모두 기각하였다.

다. 검토

발주기관은 국가계약법 제11조 공사계약금액의 사전확정원칙에 따라 공사기간 연장 이전에 연장된 공사기간이나 연장비용을 확정하여야 한다는 입장을 고수해 왔다. 현행 지방자치단체 공사계약일반조건 역시 "계약내용의 변경은 변경되는 부분의 이행에 착수하기 전에 완료하여야 한다. 다만,

계약담당자는 계약이행의 지연으로 품질저하가 우려되는 등 긴급하게 계약을 이행하게 할 필요가 있는 때에는 계약상대자와 협의하여 계약내용 변경의 시기 등을 명확히 정하고, 계약내용을 변경하기 전에 계약을 이행하게 할 수 있다(제7절 4. 나.)."라거나 "가의 경우 계약금액이 증액될 때에는 계약상대자의 신청에 의거 조정하여야 한다(제7절 4. 라.)."고 규정해서 공사기간 연장의 사전확정원칙을 분명히 하고 있다.

그런데 위와 같은 사전확정에 관한 규정에도 불구하고 실제로 당사자 사이에 공사기간 연장에 대해서 사전에 연장된 공사기간과 그에 따른 추가비용을 확정하지 아니한 채 공사기간이 진행되었을 경우에 시공자가 사후 연장된 공사기간에 해당되는 간접비 등 추가비용을 발주기관에 청구할 수 있는지가 문제될 수 있다. 이와 관련해서는 계약체결 경위, 계약내용 및 계약당사자간의 구체적인 의사가 무엇이었는지 등에 따라 그 결과가 달라질 것이다.

이에 살펴보건대, 판시 내용처럼 계약당사자 사이에 계약금액조정을 염두에 두지 않고 확정적으로 지급을 마친 기성대가가 존재한다면 신뢰보호의 원칙상 더 이상 계약금액조정의 대상이 되기 어렵다. 나아가 계약당사자 사이에 공사기간의 연장 및 그에 따른 추가비용의 지급에 대해서 사전에 합의하지 아니하고 특별히 사후에 합의하기로 한 사정도 없는 이상, 그 이후 비록 연장된 공사기간 동안에 계약상대자(시공자)에게 추가비용이 발생하였다고 하더라도 계약상대자가 사후에 발주기관을 상대로 추가비용을 청구하는 것은 사전확정원칙상 받아들여지기가 쉽지 않을 것이다.

반면에, 계약상대자가 사전에 발주기관에게 추가 금액의 지급을 분명하게 요청하였거나 계약금액조정을 신청하였음에도 불구하고 발주처가 추후에

검토하겠다는 의사를 피력한 채 공사기간이 연장된 경우라면 계약상대자는 공사기간 연장에 따른 계약금액의 조정을 신청할 수 있다고 할 것이다. 물론 이 경우에도 공기연장 수정계약을 함에 있어 계약금액을 변경하지 않게 된다는 점에서 계약당사자 간에 계약금액 추가없이 공기만을 연장한다는 합의가 있었던 것으로 해석될 소지가 있다는 점을 유의할 필요가 있다. 따라서, 이와 관련해서 계약상대자의 입장에서는 공기연장에 따른 추가비용 청구를 포기한 것이 아님을 드러내는 조치(수정계약시 관련 내용을 유보하는 문구 포함하거나 관련 공문발송 등)를 취할 필요가 있다.

6. 지방자치단체의 위임을 받아 조달청이 체결한 계약의 법적 성격

가. 인천지방법원 2010. 4. 9. 선고 2009가합11170(공사대금)

(1) 사실관계

(가) 피고 인천광역시는 인천 검단지역의 토지구획정리사업 등 택지개발에 따른 교통수요의 증가에 대비하여 교통량의 분산과 효율적인 가로망 체계를 구축하여 지역발전을 도모하고자 2005. 12. 27. 인천도시계획시설【도로명 : 광로3류27호선, 사업명 : 346 지방도~대곡동간 도로개설공사】(이하 "이 사건 공사")에 대한 실시계획인가를 고시하였다.

(나) 피고 인천광역시는 이 사건 공사계약의 체결을 피고 대한민국 산하 인천지방조달청에 요청하였고, 인천지방조달청은 입찰절차를 거쳐 2006. 12. 29. 원고들을 공동수급인으로 하여 계약금액은 200억 4,100,000원, 공

사기간은 2007. 1. 8. ~ 2009. 12. 23.로 정하여 이 사건 공사에 대한 도급계약을 체결하였다(이하 '이 사건 도급계약'이라고 한다).

(다) 원고들은 이 사건 도급계약은 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(2007. 1. 3. 법률 제8173호로 개정되기 전의 것, 이하 '지방계약법'이라고 한다) 제1조, 제7조에 따라 조달청장이 소외 인천광역시장으로부터 계약사무를 위임·위탁받아 체결된 것이므로, 지방자치단체인 피고 인천광역시가 이 사건 도급계약의 당사자라고 주장하면서, 이 사건 도급계약이 부당하게 해지되었음을 이유로 공사대금 및 손해배상을 구하였다.

(2) 판결내용

본 사건에서 계약의 당사자와 관련하여 법원은 다음과 같이 판단하였다.

이 사건 도급계약은 조달사업법 시행령 제15조에 따라 수요기관인 피고 인천광역시가 피고 대한민국의 산하 기관인 조달청장에게 계약체결을 요청하여 이루어진 것으로, 그 명의자도 원고들과 피고 대한민국(조달청 계약담당공무원)으로 기재되어 있다.

그리고 이러한 계약은 위에서 본 관련 법령의 규정을 종합해 보면, **그 법적 성격은 제3자를 위한 계약**으로서 계약의 당사자는 원고들과 피고 대한민국이라 할 것이고, 비록 이 사건 공사가 피고 인천광역시의 사업으로서, 그 기본계획의 입안, 부지의 선정 및 제공, 입찰안내서의 작성, 공사대금의 지급 등 계약체결을 제외한 모든 것이 실질적으로 피고 인천광역시에 의하여 이루어졌을 뿐 아니라 완성된 시설 또한 피고 인천광역시에 귀속된다고 하여 피고 인천광역시가 이 사건 도급계약의 당사자가 되는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1994. 8. 12. 선고 92다41559 판결, 대법원

2005. 1. 28. 선고2002다74947 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다56160 판결 각 참조).

따라서 본 판결은 이 사건 도급계약에서 계약당사자는 원고들과 피고 대한민국이며, 수요기관인 피고 인천광역시는 제3자를 위한 계약의 수익자에 불과하므로, 주위적으로 피고 인천광역시에 대하여 이 사건 도급계약이 부당하게 해지되었음을 이유로 공사대금 및 손해배상을 구하는 원고들의 청구는 다른 점에 대해 살필 필요 없이 모두 이유 없다고 판시하였다.

나. 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다56160 판결(전부금)

(1) 재판요지

대법원은, 피고(OOO시)의 구매요청에 따라 서울지방조달청이 甲 회사와 조달물자구매계약을 체결하면서 지급방법을'대지급(구매요청한 피고가 대가를 대신 지급하도록 한다는 의미)'으로 정한 사안에서, **위 조달계약은 그 당사자가 서울지방조달청과 甲 회사이고 수요기관인 피고는 그 계약상 수익자에 불과한'제3자를 위한 계약'이므로** 甲 회사에 대해 조달계약의 당사자로서 그 대금지급의무를 부담하는 자는 서울지방조달청일 뿐이고, 조달계약에서 계약금액의 지급방법을'대지급'으로 약정한 이상, 수요기관인 피고를 제3채무자로 하여 채권압류 및 전부명령을 받은 원고(甲 회사의 채권자)가 위 피고에 대하여 전부금을 청구할 수 없다고 본 원심의 판단을 유지하였다.

(2) 검토

본 판결은 조달청 위탁구매대행과 관련하여 대가지급의무의 주체는 계약상 주체인 조달청이라는 점을 명확하게 판시하였다는데 그 의의가 있다. 본 판결과 직접적인 관계에 있는 내용은 아니지만 지방자치단체가 조달청에 위탁구매계약을 의뢰하여 조달청이 계약을 체결한 것과 관련하여 계약업체의 부정당행위가 발생한 경우 해당 업체에 대한 입찰참가자격제한처분을 조달청장이 부과하는 것이 적법한지 아니면 수요기관인 지방자치단체장이 부과하는 것이 적법한지에 대한 논란이 있다. 실무상 최근까지는 대체로 조달청장이 국가계약법령에 근거한 입찰참가자격제한처분을 부과해 왔다. 그러나 이와 관련해서는 지방자치단체가 조달청에 위탁구매를 요청한 경우 조달청은 국가계약법령을 적용하지 말고 지방자치단체계약법령을 적용하여야 한다는 최근 법제처 유권해석(안건번호 07-0318, 회신일자 2007.12.7.)을 간과해서는 아니 된다. 즉, 위 유권해석의 취지를 충실하게 따르면 입찰참가자격제한처분 역시 지방계약법령에 근거하여 해당 지방자치단체에 의하여 이루어져야 하는 것으로 해석될 소지가 다분하다. 실제 최근 서울행정법원은 조달청 위탁구매계약과 관련하여 수요기관인 SH공사[3]가 직접 입찰참가자격제한처분을 한 것과 관련하여 SH공사의 처분주체성을 인정한 바 있으며(서울행정법원 2009. 11. 12. 선고 2008구합 40653 판결), 조달청 스스로 조달청 위탁구매계약과 관련한 입찰참가자격제한처분을 해당 지방자치단체가 하도록 조치한 사례도 발생하고 있다. 조달청 위탁구매계약과 관련한 부정당행위에 대한 제재주체가 누가 될 것인지에 대해서는 조금 더 추이를 지켜보아야 하겠지만 지방자치단체에 의한 입찰참가자격제한처분이 일반화 될 가능성이 높을 것으로 예상된다.

---

3) SH공사는 지방공기업법의 적용을 받는 서울특별시 산하 지방공기업이다.

7. 지방계약법상 수의계약의 사유 (시행령 제25조 제1항 제8호 아목)

- 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008추32 판결(조례안 재의결 무효확인)

가. 사실관계

(1) 원고(원주시)는 피고(원주시의회)는 2008. 6. 5. '원주 혁신도시 및 기업도시 편입지역 주민지원 조례안'(이하 '이 사건 조례안')을 의결하여 원고(원주시)에게 이송하였고, 원고는 2008. 6. 27. 이 사건 조례안 중 제2조, 제5조, 제6조, 제7조 등이 법령을 위반하였다는 등의 이유로 재의를 요구하였으나, 피고는 2008. 6. 30. 위 조례안을 재의결함으로써 이 사건 조례안을 확정하였다.

(2) 원고는 이 사건 조례안 제6조 제3호가 혁신.기업도시 주민고용센터 설립사업, 혁신.기업도시 주민을 위한 ○○관 건립사업, 혁신.기업도시 기반시설 건립을 위해 시행하는 진입도로 확장 및 신설사업을 주민생계형회사에 위탁해 시행할 수 있도록 하고 있는 것은 지방자치법 제104조의 위임한계를 넘은 것이고, 사실상 수의계약을 허용하는 것과 동일한 것으로서 '지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'제9조에 위반된다고 주장하였다.

나. 판시사항

이에 대하여 대법원은, "지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임

이 없더라도 그의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있을 뿐 아니라(대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결,대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38 판결 등 참조), 지방자치법 제104조 제3항에서는'지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사.검사.검정.관리업무 등 주민의 권리.의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인.단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다'고 규정하고 있는바, 이 사건 조례안 규정이 정하고 있는 위와 같은 혁신.기업도시 주민고용센터 설립사업 등은 지방자치단체의 사무로서, 주민의 권리.의무와 직접 관련되는 사무로는 볼 수 없다고 할 것이고, 그 위탁에 있어서도 주민생계회사가 법령에서 정하는 자격요건을 충족할 경우에 한하여 재량으로서 할 수 있도록 하고 있으므로 이 사건 조례안 규정에서 이를 주민생계회사에 위탁할 수 있다고 규정한다 하여 법령에 의한 위임의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

또한 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제9조 제1항은 "지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결하고자 하는 경우 이를 공고하여 일반경쟁에 부쳐야 한다"고 하면서, 단 "계약의 목적. 성질. 규모 및 지역특수성 등에 비추어 필요하다고 인정되는 경우에는 수의계약에 의할 수 있다"라고 하고 있고, 같은 법 시행령 제25조 제1항 제8호 아목은 "다른 법령의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체사업을 위탁 또는 대행할 수 있는 자와 당해 사업에 대한 계약을 하는 경우에는 수의계약을 할 수 있다"고 규정하고 있으므로, 이 사건 조례안 규정에 의해 사실상 수의계약을 허용하는 셈이 된다 하여 이 사건 조례안 규정이 위 법률 제9조 제1항에 위반된다고 볼 수도 없다. 이 부분 원고 주장은 모두 이유 없다." 라고 판시하였다.

다. 검토

본 판결은 지방자치단체 의회에서 제정되는 자치법규인 조례가 지방계약법 시행령 제25조 제1항 제8호 아목에서 지칭하는 다른 법령의 규정에 포함된다는 것을 분명하게 인정하였다는 데 의의가 있다. 결국, 지방자치단체는 조례의 제정을 통하여 수의계약의 적용을 확대할 수 있게 되는 것이다. 그러나, 무분별한 수의계약대상의 확대는 자유로운 경쟁을 지향하는 지방자치단체 계약법령의 취지에 반할뿐더러 경쟁을 통해 우수한 기업이 발전하도록 하는 경제원리에도 역행하는 문제가 있다. 또한 관련 통계에 따르면 수의계약의 계약금액은 경쟁계약의 계약금액과 비교하여 약 15% 가량 높으므로 수의계약이 확대된다는 것은 발주기관의 재정부담이 증가하게 된다는 것을 의미한다. 따라서, 향후 불필요한 수의계약이 남용되지 않도록 정부 및 지방자치단체가 솔선수범하는 자세가 필요하다.

8. 최우선협상대상자의 법적 지위

- 청주지방법원 2009. 5. 19. 선고 2009카합27 판결(우선협상대상자 지위보전과 계약체결 및 계약이행금지 가처분)

가. 사실관계

(1) 채무자 영동군은 한국전쟁 당시 충북 영동군 황간면 노근리에서 희생된 민간인 피해자들을 추모하기 위한 조형물인 위령탑(이하'이 사건 위령탑'이라 한다)을 위 노근리 675-6 일대에 제작・설치하기로 하였다.

(2) 이에, 채무자는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에서 정한 바에 따라 협상에 의한 방법으로 이 사건 위령탑의 제작·설치를 위한 계약을 체결하기로 하여, 2008. 12. 17. '노근리 역사공원 조형물 제작·설치공모'(이하 '이 사건 공모'라 한다)의 제안요청서(이하 '이 사건 제안요청서'라 한다)를 공고하였는데, 위 제안요청서의 주요 내용은, i) 이 사건 공모에 대하여 응모한 자들은 2009. 3. 5.까지 모형, 설계도판, 제안설명서 등을 포함한 제안서를 제출하여야 하고, ii) 채무자가 구성하는 평가위원회가 위와 같이 제출된 제안서를 심사하여 이 사건 위령탑 제작·설치계약의 체결을 위한 다수의 협상대상자를 순위를 정하여 선정하되, iii) 채무자는 위 평가위원회에서 결정된 협상순위에 따라 선순위 협상대상자와 협상을 진행하여, 선순위 협상대상자와 협상이 성립되지 아니하는 경우에 비로소 동일한 기준과 절차에 따라 후순위 협상대상자와 협상을 실시할 수 있다는 것이었다.

(3) 한편, 채권자는 이 사건 공모에 응모한 다음 이 사건 제안요청서의 내용에 따라 채무자에게 이 사건 위령탑의 제작·설치를 위한 제안서를 제출하였으며, 채무자는 2009. 3. 20. 평가위원회의 결정에 따라 채권자를 최우선협상대상자로 선정하여 채권자에게 위 선정 사실 및 같은 달 3. 23.부터 채권자와 협상이 개시될 것이라는 사실을 통지하였다.

(4) 그런데 채무자는 2009. 4. 1. 평가위원회를 다시 개최하여 채권자가 제안서를 통하여 제작·설치를 제안한 조형물(이하 '이 사건 응모작'이라 한다)이 채권자가 충북 청원군에 이미 제작·설치한 다른 조형물인 충혼탑(이하 '이 사건 충혼탑'이라 한다)과 유사하다는 이유로 채권자를 우선협상대상자로 지정한 결정을 취소하였으며, 그 직후 차순위 협상대상자인 신청

외인을 우선협상대상자로 다시 지정함과 동시에 같은 달 7.에는 채권자에 대한 우선협상대상자 지정 결정이 취소되었으므로 더 이상 채권자와 협상을 진행하지 아니하겠다는 취지의 통지를 채권자에게 하였다. 이에 채권자는 우선협상대상자 지위보전과 계약체결 및 계약이행금지를 구하는 가처분 신청을 하였다.

나. 재판요지

청주지방법원은, "**노근리 역사공원 조형물 제작·설치 공모"를 한 지방자치단체가 응모자들 중 최우선협상대상자를 선정하여 통지까지 하였다면, 이에 따른 효력으로 지방자치단체는 최우선협상대상자로 선정된 자에 대하여 그 조형물 제작·설치계약의 체결을 위한 협상으로 나아가야 할 사법적(私法的)·대외적 의무를 부담**하게 되며, 위 사법적 법률관계를 해제·해지 또는 취소하거나 이를 무효로 되게 하는 특별한 사정이 없는 한, 지방자치단체 또는 지방자치단체의 평가위원회가 최우선협상대상자의 지위를 상실시키는 결정을 하였더라도 이러한 사정만으로 곧바로 그 사법적 법률관계에서 최우선협상대상자의 지방자치단체에 대한 대외적 권리가 소멸되지는 않는다." 판시하여 가처분 신청을 인용하였다.

다. 검토

우선협상대상자는 계약체결을 위한 협상에 나아갈 수 있는 지위를 가지면서 발주기관에 대하여 위 협상에 나아올 것을 요구할 권리를 가지므로

이미 우선협상대상자로 선정하여 통지된 이상 그 지위를 상실하게 하기 위해서는 그러한 사법상 법률관계를 해소하게 하는 특별한 사정이 있어야 한다는 점을 명백히 하였다는 데 본 결정의 의의가 있다. 위 특별한 사정이라 함은 제안요청서 등에 명시한 취소사유에 해당하거나 이 사건 채권자와 채무자 사이의 사법적 법률관계를 해제·해지 또는 취소하거나 이를 무효로 되게 하는 그 밖의 다른 사정이 존재하는 것을 의미한다.

대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다30811, 30828 판결에서도 같은 취지의 판시를 한 바 있다.

서울행법 2005. 3.17 선고 2004구합3359 판결, 대법원 2006. 4.28 선고 2004다50129 판결등이 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 취지를 따르고 있다. 지방자치단체계약과 관련해서는 대법원 2006. 6. 19. 선고 2006마117 판결을 통해 같은 취지의 판시가 이루어진 바 있다. 2006마117판결의 취지는 아래와 같다.

"지방재정법에 의하여 준용되는 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법(私法)상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다고 할 것이므로, 계약 체결을 위한 입찰절차에서 입찰서의 제출에 하자가 있다 하여도 다른 서류에 의하여 입찰의 의사가 명백히 드러나고 심사 기타 입찰절차의 진행에 아무 지장이 없어 입찰서를 제출하게 한 목적이 전혀 훼손되지 않는다면 그 사유만으로 당연히 당해 입찰을 무효로 할 것은 아니고, 다만 그 하자가 입찰절차의 공공

성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 그러한 하자를 묵인한 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 결과가 될 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다."

SH공사는 지방공기업법의 적용을 받는 서울특별시 산하 지방공기업이다.

제2분과

부정당업자 제재에 대한 행정관리방향

현 승 현 (한국사회과학자료원 전임연구원)
배 수 호 (성균관대학교 부교수)

부정당업자 제재에 대한 행정관리방향

현 승 현 (한국사회과학자료원 전임연구원)
배 수 호 (성균관대학교 부교수)

Ⅰ. 서론

오늘날 지방자치단체 수준에서 공사, 제조, 물품 구매, 용역 등 민간부문과의 계약이 널리 활성화되고 있다. 지방계약에서 지방자치단체는 계약당사자가 되어 계약 체결 및 집행을 적극적으로 담당하고 있는 것이다. 하지만, 부정당업자 제재에서 제재 대상 기준, 대상 선정, 제재 범위 등에 대한 이견들이 끊임없이 제기되어 오고 있다. 본 연구는 부정당업자에 대한 제재방안인 '부정당업자 입찰참가자격 제한제도'의 현황, 문제점, 개선방안을 중심으로 논의를 이끌어가고자 한다.

본 연구에서 먼저 이론적 논의로 거버넌스 하에서 규제정책수단과 Wilson의 규제정치모형을 살펴본다. 이후 부정당업자 입찰참가자격 제한제도에 대해 정의하고, 부정당업자에 대한 제재에 대한 현황을 분석하고자 한다. 다음으로 비교 연구차원에서 부정당업자 입찰참가 제한에 있어 중앙과 지방자치단체간의 공공계약법상에 나타나는 유사점과 차이점을 파악해 보고자 한다.

또한 우리나라 현행 제도를 미국, 영국, 독일, 프랑스, 캐나다 등 외국국가에서의 부정당업자 입찰참가제한제도와 비교하여 논의를 확대시켜 나갈 것이다. 이를 토대로 부정당업자 입찰참가 제한제도에서의 제재 특성, 쟁점, 그리고 앞으로의 발전방향을 중심으로 논의를 진행하고자 한다.

Ⅱ. 거버넌스의 정책수단으로서 규제

1. 거버넌스와 정책수단

현대 행정학에서는 참여의 확대와 분권화, 정책 네트워크와 파트너십에 대한 기대와 논의는 중요한 화두라고 할 수 있다. 특히, 정부규제와 관련해서는 과거의 권위주의적 규제보다는 거버넌스적 규제에 대한 논의가 활발해지고 있다. 우선 거버넌스의 개념을 살펴보면, Rhodes는 “거버넌스는 전통적 정부의 계층적이고 공식적 권위를 바탕으로 하는 업무수행방식에서, 중앙정부, 지방정부, 시민단체, 시장 등의 다양한 사회주체가 네트워크를 구성하여 공동으로 목적을 달성하는 방식으로의 전환을 말한다”고 주장하고 있다. Peters도 “거버넌스는 전통적인 행정국가의 유형에서 벗어나려고 하는 각종 행정개혁을 의미한다”고 지적하고 있다. 즉, 거버넌스란 기존의 정부실패를 극복하는 새로운 국정관리시스템을 총칭한다고 볼 수 있다. 이러한 거버넌스에 대한 개념은 국가의 조정능력에 의존하지 않고 사회에서 자체적으로 정책을 형성하고 문제를 해결할 수 있다는 가정 하에 기존의 국가중심에서 사회중심으로 이론적 재정립을 하고 있으며 다양한 사회주체가 함께 참여하는 공동의 거버넌스 또는 복합조직적 거버넌스의 형태

를 지니게 된다고 한다(이명석, 2006: 45-56).

기존 학자들은 거버넌스에 대해서 다음과 같이 즉, 민주적 심의와 자율적 협의를 통해 행정규제도 여러 가지 강압적인 형태에서 벗어나 유연한 형태의 정책수단을 모색할 수 있다. 따라서 거버넌스라는 국정관리의 패러다임이 전환되는 과정 속에서, 참여자의 다양화와 함께 다양한 정책수단에 대해서 논의되고 있는 실정이다. 정책수단은 정책에 따라서 매우 다양한 형태로 활용되고 있다. 기존의 Savas(1987)에 의해서 논의되었던 소유와 주체에 따라 직영이나 민영화 또는 민간위탁을 대표적인 정책수단으로 접근하고 있다. 최근에 들어서서 Salamon과 Elliott(2002)에 의해서 다양한 형태의 정책수단을 유형화 시켜서 설명하고 있다. 특히, Salamon은 직접적 정책수단(direct tool)과 간접적 정책수단(indirect tool)으로 나눠서 접근하고 있다. 대표적으로 직접적 정책수단은 정부소비(direct government), 공기업(government corporation), 경제적 규제(economic regulation), 대출(loan) 등이 해당하며, 간접적 정책수단은 공공계약(contracting) 및 서비스 구매 계약(purchage-of-service contracting), 보조금(grants), 공적 보험(government insurance), 사회적 규제(social regulation), 현물보조증서(voucher), 대출보증(loan guarantee), 조세 지출(tax expenditure), 부과금(charges), 피해보상청구권(tort liability) 등 총 13가지 유형으로 구분해서 설명하고 있다.

정책수단으로서 규제는 규제대상에 따라서 경제적 규제와 사회적 규제로 구분해볼 수 있으며, 규제의 범위와 관련해서는 규제강화 또는 규제완화라는 관점에서 논의되고 있다. 특히 좋은 규제가 되기 위해서는 본래의 규제 목표를 달성함과 동시에 규제 자체가 시장에 미치는 역효과는 최소화할 수

있어야 때문에(조성한, 2006: 6) 정책결정자는 규제 자체에 내표된 양면성을 잘 파악하는 것이 필요하다. 따라서 규제는 동전의 양면과 같기 때문에 규제로 인하여 파생된 긍정적인 효과와 부정적인 효과간의 균형이 잘 이루어질 수 있도록 설계하는 것이 바람직하다. 즉, 좋은 규제되기 위해서는 시장경제를 유지하고, 국민들의 삶의 질을 높일 수 있는 중요한 정책수단임을 인식하는 것이 필요하다. 이와 관련해서 조성한(2006: 11)은 거버넌스의 수단으로서 좋은 규제를 평가하기 위해서 공개성, 공정성, 전체성, 전문성에 근거하여 세부지표를 투명성, 정치적 지지도, 참여성, 책임성, 공정한 절차, 표적화, 지속성, 전사적 개혁, 포괄성, 전문성, 균형감 등을 제시하였다.

〈표 1〉 좋은 규제 평가기준의 대분류

분류	포함되는 지표
공개성	투명성, 정치적 지지도, 참여성
공정성	책임성, 공정한 절차, 표적화
전체성	지속성, 전사적 개혁, 포괄성
전문성	전문성, 균형감

출처: 조성한(2006: 11).

2. Wilson의 규제정치 모형

일반적으로 규제란 '민간부문에 속하는 개인이나 단체의 활동을 바람직한 방향으로 인도하기 위하여 정부가 만들어 놓은 길'이라고 정의하고 있다.

이러한 규제의 특징을 살펴보면, ① 규제는 미리 설정된 '바람직한 방향'의 존재를 상정하며, ② 규제의 대상은 민간부문에 속하는 개인이나 단체가 되며, ③ 규제를 집행하는 주체는 정부가 된다. 결과적으로 ④ 규제는 정부가 설정해 놓은 길이며, 이 길을 따르지 않는 개인나 단체는 처벌의 대상이 된다고 볼 수 있다(안문석, 2001: 173). 간략히 정리해보면, 규제는 시장실패를 방지하기 위해 또는 국민의 삶의 질을 높이기 위해 정부가 국가내의 개인, 조직 및 기관들을 통제하는 행위를 의미한다(조성한, 2006: 4)고 볼 수 있다.

그렇다면, 정부가 민간을 통제하는 행위라고 본다면, 이것을 어떠한 방식으로 접근할 것인가? 부언 설명하면, 비용과 편익의 관점을 고려하여 규제강화 또는 규제완화의 판단기준을 어떻게 삼을 것인가는 매우 중요한 의미가 있다. 이것은 규제를 통한 정치적 행위라고 볼 수 있기 때문에 규제정치라고 부르고 있다. 규제정치란 정부가 민간부문에 개입하여 규제 또는 규제완화를 유인하는 과정 속에서 각각의 이해당사자들이 자신들에게 유리한 상황을 선점하기 위해서 상호작용을 하며, 이를 통해 그들에게 편익 제공과 비용 부담이라는 형태로 나타나게 된다(양승일, 2011: 112).

이와 관련해서 Wilson(1980)은 규제정치 모형을 제시한 바 있다. Wilson은 감지된 비용과 편익을 구분하고 이에 대한 집중과 분산여부에 따라서 4가지 유형화시켜서 설명하고 있다. 우선, 이익집단 정치모형에서는 감지된 편익을 얻는 집단과 비용을 부담하는 집단사이의 갈등으로서 제로-섬 게임으로 발생하게 된다. 둘째, 기업가적 정치모형에서는 공익을 추구하는 집단과 지도자들이 공익을 위하여 정책결정자를 설득하는 과정에서 비용을 부담하는 집단의 강한 반대에 부딪히게 된다. 셋째, 고객지향 정치모형에서는

정책결정자, 규제자, 피규제자가 긴밀한 고객관계를 형성하게 되어 소수집단에 편익이 집중된 반면에 다수에 비용이 분담된 형태로 발생하게 된다. 마지막으로 다수결의 정치모형에서는 비교적 느슨한 집단 또는 그들을 위해 일하는 지도자가 실질적 또는 상징적으로 정책을 추진하게 되어, 때때로 약하거나 모호한 정책을 채택하게 된다는 것이다(남궁근, 2012: 109).

〈표 2〉 Wilson의 비용-편익 배분에 따른 규제정치 모형

		편익	
		소수에 집중	다수에 분산
비용	소수에 집중	이익집단 정치	기업가적 정치
	다수에 분산	고객지향 정치	다수결의 정치

출처: 남궁근(2012: 109).

이에 따라서 이익집단 정치모형에서는 노사관계에 대한 제반의 정부규제 및 제도(노동기본권, 근로기준, 노동쟁의 절차 등에 대한 규제), 대기업과 중소기업의 관계에 대한 규제(중소기업 고유직종 지정제도, 대기업 여신규제 등), 도매업자와 소매업자 또는 대형 백화점 및 연쇄점과 개인 상점업자 사이의 관계를 규율하는 규제, 서로 대체적이거나 경쟁적 관계에 있는 산업의 규제 등을 들 수 있다(최병선, 1992: 134-135). 다음으로 기업가적 정치모형에서는 환경오염규제, 자동차안전규제, 산업안전 규제, 위해성 물품(식품, 의약품, 화장품, 전기용품, 완구류 등)에 대한 안전규제 등이 대표적이며, 이는 사회적 규제에 속한다고 볼 수 있다(최병선, 1992: 131). 그리고 고객지향 정치모형에서는 농산물에 대한 최저가격 규제, 수입규제, 각

종의 직업면허(의사, 약사, 변호사, 이발사 등), 택시사업 인가 등이 경제적 규제를 많이 활용하고 있다(최병선, 1992: 128). 또한 다수결의 정치모형에서는 독과점 및 불공정거래에 대한 규제, 신문·방송·출판물의 윤리규제, 사회적 차별에 대한 규제, 종교활동에 대한 규제 등이 있다(최병선, 1992: 137).

Ⅲ. 부정당업자에 입찰참가제한 제도의 현황분석

1. 부정당업자 입찰참가자격 제한 제도의 정의

우리나라의 부정당업자 입찰참가자격 제한제도는 일정한 사유에 해당하는 입찰자에 대하여 일정 기간 입찰을 제한하는 징벌적(懲罰的) 행정처분으로 제도를 설계, 운영하고 있다. 이 제도는 국가기관 등이 실시하는 입찰 및 체결한 계약의 이행 등이 불성실한 자에 대하여 당해 1월 이상 2년 이하의 범위 내에서 국가기관, 지방자치단체 및 공기업·준정부기관이 실시하는 입찰에 참가하지 못하도록 하는 제도이다. 부정당업자 제재 기간은 최소 1월 이상 2년 이하의 범위 내에서 제재 사유별로 규정하고 제재하고 있다(강운산, 2010: 6-7).

따라서 한번 부정당업자로 판단되면, 입찰 참가가 차단되는 기업에게는 공공시장의 수주가 근본적으로 차단되는 가장 가혹한 처벌로서 역할하고 있으며, 해당 기업의 반발로 제재 수단의 실효성에 대한 문제점들이 꾸준히 제기되고 있다.

2. 부정당업자의 제재현황

우리나라 부정당업자의 제재현황을 살펴보면, 부정당업자가 점차 증가되고 있는 상황이며, 특히, 물품구매와 시설공사를 중심으로 빈번하게 나타나고 있다. 물품구매에서는 업종별 전체 제개건수에서 약 44%를 차지하였으며, 시설공사에서는 약 30%를 차지하였다. 이러한 증가추세는 한정된 공공계약을 따내기 위해서 무리하게 추진하는 경우가 많으며, 계약이 성사되었더라도 충분히 이행하지 못하는 사례가 증가하고 있다는 것을 반증하고 있다.

〈표 3〉 연도별 제재처분 현황

(단위: 건)

구분	계	업종별			
		시설공사	물품구매	용역	기타
계	4,924	1,479	2,142	554	749
2007	1,201	330	558	115	198
2008	1,272	361	556	165	190
2009	1,553	512	671	186	184
2010.7	898	276	357	88	177

출처: 조달청(2007-2010. 7월 현재); 강운산(2010: 13).

제재기간별 처분 현황을 살펴보면, 총 4,924건 중에서 6~12월 이하의 제재처분(약 53%)을 가장 많이 받고 있는 것을 볼 수 있으며, 다음으로 3~6월 이하의 제재처분(약 27%)을 받고 있는 상황이다. 비교적으로 3월에서

12월 이하 수준의 부정당업자로 제재를 받게 되면 해당 기업은 경제적인 손실을 많이 볼 수 있다. 특히 건설업체인 경우 매우 과도한 규제라고 주장하고 있는 실정이다(오마이건설뉴스, 2011.12.12.).

〈표 4〉 제재기간별 처분 현황

(단위: 건)

구분	계	1월 이하	1~3월 이하	3~6월 이하	6~12월 이하	13월 이상
계	4,924	290	457	1,331	2,610	236
2007	1,201	73	105	237	731	55
2008	1,272	53	102	290	751	76
2009	1,553	79	185	487	733	69
2010.7	898	85	65	317	395	36

출처: 조달청(2007-2010. 7월 현재); 강운산(2010: 14).

제재사유별 처분 현황을 보면, 총 4,924건 중에서 선택적 제재 6호(2,497건)와 기타(1,647건)가 전체 게재건수에서 약 51%와 33%를 각각 차지하였던 반면, 의무적 제재가 702건으로 약 14%를 차지하였다. 그리고 국가기관으로부터 부정당업자로 제재받는 경우가 2,173건으로 전체 건수에서 약 44%를 차지하여 가장 많았으며, 다음으로 지방자치단체, 공기업·준정부기관 등의 순으로 나타났다. 특히 부정당업자제도의 선택적 제재사유에 해당하는 건수가 4,222건(약 86%)에 해당되기 때문에 징벌적 수단의 제재보다는 유도적 수단의 제재로 개선할 경우에 제도적 개선효과가 클 것으로 보인다.

〈표 5〉 제재사유별 처분 현황

(단위: 건)

구분	계	의무적 제재	선택적 제재		
		(1~5,7,8호)	6호	10호	기타
계	4,924	702	2,497	78	1,647
국가기관	2,173	417	1572	23	161
지자체	1,450	159	305	26	960
교육기관	498	67	314	7	110
공기업 · 준정부기관	724	54	281	22	367
기타공공기관	9	0	1	0	8
지방공기업	12	3	2	0	7
기타기관	58	2	22	0	34

출처: 조달청(2007-2010. 7월 현재); 강운산(2010: 14).

3. 국가와 지방자치단체 공공계약법상 비교 분석

1) 국가기관: 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

국가계약법 상에서는 제27조에 부정당업자의 입찰참가자격을 제한하는 조항이 있다. 이 조항에서는 "각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 2년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 제한하여야 하며, 이를 즉시 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 해당자의 입찰참가자격을 제한하여야 한다.〈개정 2005.12.14.〉"고 명시하고 있다. 이에 대한 구체적인 사유로서 시행령 제76조에서는 18가지 유형의 부정당업자의 제시하고 있다.

〈표 6〉 국가계약법 시행령(제76조)의 부당업자의 입찰참가자격 제한 사유

1. 계약을 이행함에 있어서 부실·조잡 또는 부당하게 하거나 부정한 행위를 한 자
2. 「건설산업기본법」·「전기공사업법」·「정보통신공사업법」 기타 다른 법령에 의한 하도급의 제한규정에 위반(하도급통지의무위반의 경우를 제외한다)하여 하도급한 자 및 발주관서의 승인없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자
3. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 또는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」의 규정에 위반하여 공정거래위원회로부터 입찰참가자격제한 요청이 있는 자

3의2. 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」 제27조제5항에 따라 중소기업청장으로부터 입찰참가자격 제한의 요청이 있는 자

4. 조사설계용역계약 또는 원가계산용역계약에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 조사설계금액이나 원가계산금액을 적정하게 산정하지 아니한 자

4의2. 「건설기술관리법」 제2조에 따른 타당성조사용역계약에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 수요예측 등 타당성조사를 부실하게 수행하여 발주기관에 손해를 끼친 자

5. 계약의 이행에 있어서 안전대책을 소홀히 하여 공중에게 위해를 가한 자 또는 사업장에서 「산업안전보건법」에 의한 안전·보건조치를 소홀히 하여 근로자등에게 사망등 중대한 위해를 가한 자
6. 정당한 이유없이 계약을 체결 또는 이행(제19조에 따른 부대입찰에 관한 사항, 제42조제5항에 따른 계약이행능력심사를 위하여 제출한 하도급관리계획, 외주근로자 근로조건 이행계획에 관한 사항과 제72조 및 제72조의2에 따른 공동계약에 관한 사항의 이행을 포함한다)하지 아니한 자
7. 경쟁입찰에 있어서 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하였거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자
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

9. 고의로 무효의 입찰을 한 자
10. 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행과 관련하여 관계공무원(법 제29조제1항에 따른 국제계약분쟁조정위원회, 이 영 제42조제7항에 따른 입찰금액적정성심사위원회, 제43조제8항에 따른 제안서평가위원회, 제94조제1항에 따른 계약심의위원회, 건설기술관리법에 의한 중앙건설기술심의위원회·특별건설기술심의위원회 및 설계자문위원회의 위원을 포함한다)에게 뇌물을 준 자
11. 입찰참가신청서 또는 입찰참가승낙서를 제출하고도 정당한 이유없이 당해 회계연도중 3회이상 입찰(제39조제1항에 따라 지정정보처리장치 또는 각 중앙관서의 장이 지정·고시한 정보처리장치에 의하여 입찰서를 제출하게 한 입찰을 제외한다)에 참가하지 아니한 자
12. 입찰참가를 방해하거나 낙찰자의 계약체결 또는 그 이행을 방해한 자
13. 감독 또는 검사에 있어서 그 직무의 수행을 방해한 자
14. 정당한 이유없이 제42조제1항에 따른 계약이행능력의 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니하거나 서류제출 후 낙찰자 결정 전에 심사를 포기한 자
14의2. 제42조제4항에 따른 입찰금액의 적정성심사의 대상자로 선정된 후 정당한 이유없이 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니하거나 서류제출 후 낙찰자 결정 전에 심사를 포기한 자
15. 제87조에 따라 일괄입찰의 낙찰자를 결정하는 경우에 실시설계적격자로 선정된 후 정당한 이유없이 기한내에 실시설계서를 제출하지 아니한 자
16. 감리용역계약에 있어서 「건설기술관리법 시행령」 제105조 및 계약서 등에 따른 감리원 교체사유 및 절차에 의하지 아니하고 감리원을 교체한 자
17. 사기, 그 밖의 부정한 행위로 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행 과정에서 국가에 손해를 끼친 자
18. 「전자정부법」 제2조제13호에 따른 정보시스템의 구축 및 유지·보수 계약의 이행과정에서 알게 된 정보 중 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 누출될 경우 국가에 피해가 발생할 것으로 판단하여 사전에 누출금지정보로 지정하고 계약서에 명시한 정보를 무단으로 누출한 자

2) 지방자치단체: 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

지방계약법상에서는 부정당업자의 입찰 참가자격 제한에 대해서 제31조에 명시되어 있다. 여기서는 "지방자치단체의 장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자(이하 "부정당업자"라 한다)에 대하여는 제32조에 따른 계약심의위원회의 심의를 거쳐 2년 이내의 범위에서 입찰 참가자격을 제한하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 계약심의위원회의 심의를 거치지 아니하고 입찰 참가자격을 제한할 수 있다"고 명시하고 있다. 이에 대한 구체적인 사유로서 시행령 제92조에서는 21가지 유형의 부정당업자의 제시하고 있다.

〈표 7〉 지방계약법 시행령(제92조)의 부당업자의 입찰참가자격 제한 사유

1. 계약을 이행할 때 부실하게 하거나 조잡하게 하거나 부당하게 하거나 부정한 행위를 한 자
2. 「건설산업기본법」, 「전기공사업법」, 「정보통신공사업법」, 그 밖의 다른 법령에 따른 하도급의 제한규정을 위반(하도급 통지의무를 위반한 경우는 제외한다)하여 하도급한 자, 발주관서의 승인 없이 하도급한 자 및 발주관서의 승인을 받은 하도급조건을 변경한 자
3. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 또는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」을 위반하여 공정거래위원회로부터 입찰 참가자격 제한 요청이 있는 자
4. 조사설계 용역계약 또는 원가계산 용역계약에서 고의 또는 중대한 과실로 조사설계금액이나 원가계산금액을 적정하게 산정하지 아니한 자
5. 계약의 이행 과정에서 안전대책을 소홀히 하여 공중(公衆)에게 위해(危害)를 끼친 자 또는 사업장에서 「산업안전보건법」에 따른 안전·보건조치를 소홀히 하여 근로자 등에게 사망 등 중대한 위해를 끼친 자

6. 정당한 이유 없이 낙찰된 후 계약을 체결하지 아니한 자 또는 계약을 체결한 이후 계약이행(제42조제2항에 따른 계약이행능력 심사를 위하여 제출한 하도급관리계획, 외주근로자 근로조건 이행계획에 관한 사항과 제88조에 따른 공동계약에 관한 사항의 이행을 포함한다)을 하지 아니하거나 계약서에 정한 조건을 위반하여 이행한 자
7. 입찰에서 입찰자 간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하였거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자
8. 입찰(제30조에 따라 지정정보처리장치를 통하여 견적서를 제출받는 경우를 포함한다)과 계약에 관한 서류(제39조에 따라 지정정보처리장치를 이용하여 입찰서를 제출하는 경우에는 「전자서명법」 제2조제8호에 따른 공인인증서를 포함한다)를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 거짓 서류를 제출한 자
9. 고의로 무효의 입찰을 한 자
10. 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행과 관련하여 관계 공무원(법 제7조제1항에 따른 전문기관의 계약담당자, 법 제16조제2항에 따른 주민참여감독자, 법 제32조에 따른 계약심의위원회의 위원, 법 제35조에 따른 지방자치단체 계약분쟁조정위원회의 위원, 지방건설기술심의위원회 및 설계자문위원회의 위원, 제42조의2제2항에 따른 입찰금액적정성심사위원회 위원, 제43조제9항에 따른 제안서평가위원회 위원을 포함한다)에게 금품 또는 그 밖의 재산상 이익을 제공한 자
11. 입찰(제39조제2항에 따라 지정정보처리장치를 이용하여 입찰서를 제출하게 한 입찰은 제외한다. 이하 이 호에서 같다) 참가신청서 또는 입찰 참가승낙서를 제출하고도 정당한 이유 없이 해당 회계연도 중 3회 이상 입찰에 참가하지 아니한 자
12. 입찰참가를 방해하거나 낙찰자의 계약체결 또는 그 이행을 방해한 자
13. 감독 또는 검사 시 그 직무의 수행을 방해한 자
14. 정당한 이유 없이 제42조제1항 본문에 따른 계약이행능력의 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니하거나 서류 제출 후 낙찰자 결정 전에 심사를 포기한 자
15. 제100조에 따라 일괄입찰의 낙찰자를 결정하는 경우에 실시설계적격자로 선정된 후 정당한 이유 없이 기한 내에 실시설계서를 제출하지 아니한 자

16. 법 제33조를 위반하여 계약을 체결한 자(지방계약 시행령에만 있는 사항)
17. 감리용역계약에서 「건설기술관리법 시행령」 제105조제9항 및 계약서 등에 따른 감리원 교체 사유 및 절차에 따르지 아니하고 감리원을 교체한 자
18. 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행과 관련하여 사기로 지방자치단체에 손해를 끼친 자
19. 「전자정부법」 제2조제13호에 따른 정보시스템의 구축 및 유지·보수 계약의 이행과정에서 알게 된 정보 중 누출될 경우 지방자치단체에 피해가 발생할 것으로 판단하여 각 지방자치단체의 장 또는 계약담당자가 사전에 누출금지정보로 지정하고 계약서에 명시한 정보를 무단으로 누출한 자
20. 「건설기술관리법」 제2조에 따른 건설기술용역계약 중 타당성조사 용역계약에서 고의 또는 중대한 과실로 수요 예측 등 타당성조사를 부실하게 수행하여 발주기관에 손해를 끼친 자
21. 제42조제1항제1호에 따른 입찰금액의 적정성 심사 대상자로 선정된 후 정당한 이유 없이 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니하거나 서류 제출 후 낙찰자 결정 전에 심사를 포기한 자

3) 부정당업자의 입찰참가자격 제한기준

국가계약과 지방계약은 동일한 입찰참가자격 제한기준을 제시하고 있지만, 제재기간상에서는 차이를 보이고 있다. 구체적으로 살펴보면, 부실시공 또는 부실설계·감리를 한 자, 계약의 이행을 조잡하게 한 자, 2억원 이상의 뇌물을 준 자, 사기, 그 밖의 부정한 행위로 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행 과정에서 국가에 손해를 끼친 자의 경우 최대 2년까지 부정당업자의 입찰참가자격 제한을 두고 있다. 반면에, 국가계약법에만 해당 담합을 주도하여 낙찰을 받은 자가 2년의 제재기간을 설정되어 있어서 지방계약법보다는 담합행위에 대해서 큰 부정당행위라고 인식하고 있는 것을 볼 수 있다. 〈표 8〉에서는 부정당업자의 입찰참가자격 제한기준을 국가와 지

방으로 구분, 비교하고 있다.

〈표 8〉 부정당업자의 입찰참가자격 제한기준

입찰참가자격 제한사유			제재기간	
			국가	지방
부실시공 또는 부실설계·감리를 한 자		부실벌점이 150점 이상인 자	2년	1년 10개월 이상 2년 이하
		부실벌점이 100점 이상 150점 미만인 자	1년	11개월 이상 1년 1개월 미만
		부실벌점이 75점 이상 100점 미만인 자	8월	7개월 이상 9개월 미만
		부실벌점이 50점 이상 75점 미만인 자	6월	5개월 이상 7개월 미만
		부실벌점이 35점 이상 50점 미만인 자	4월	3개월 이상 5개월 미만
		부실벌점이 20점 이상 35점 미만인 자	2월	1개월 이상 3개월 미만
계약의 이행을 조잡하게 한 자	공사	하자비율이 100분의 500이상인 자	2년	1년 10개월 이상 2년 이하
		하자비율이 100분의 300이상 100분의 500미만인 자	1년	11개월 이상 1년 1개월 미만
		하자비율이 100분의 200이상 100분의 300미만인 자	8월	7개월 이상 9개월 미만
		100분의 100이상 100분의 200미만인 자	3월	2개월 이상 4개월 미만
	물품	보수비율이 100분의 25이상인 자	2년	1년 10개월 이상 2년 이하
		보수비율이 100분의 15이상 100분의 25 미만인 자	1년	11개월 이상 1년 1개월 미만
		보수비율이 100분의 10이상 100분의 15 미만인 자	8월	7개월 이상 9개월 미만
		보수비율이 100분의 6이상 100분의 10미만인 자	3월	2개월 이상 4개월 미만
계약 이행을 부당하게 하거나 계약을 이행함		설계서와 달리 구조물 내구성 연한의 단축, 안전도의 위해를 가져오는 등 부당한	1년	11개월 이상 1년 1개월 미만

입찰참가자격 제한사유		제재기간	
		국가	지방
에 있어 부정한 행위를 한 자	시공을 한 자		
	설계서상의 기준규격보다 낮은 다른 자재를 쓰는 등 부정한 시공을 한 자	6월	5개월 이상 7개월 미만
타 법령에 의한 하도급의 제한규정에 위반하여 하도급한 자 및 발주관서의 승인없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자	전부 또는 주요부분의 대부분을 1인에게 하도급한 자	1년	11개월 이상 1년 1개월 미만
	전부 또는 주요부분의 대부분을 2인 이상에게 하도급한 자	8월	7개월 이상 9개월 미만
	건설업미등록자에게 하도급한 자	8월	7개월 이상 9개월 미만
	발주기관의 승인 없이 하도급한 자	6월	5개월 이상 7개월 미만
	재하도급금지 규정에 위반하여 하도급한 자	4월	3개월 이상 5개월 미만
	하도급조건을 하도급자에게 불리하게 변경한 자	4월	3개월 이상 5개월 미만
공정거래위원회 또는 중소기업청장으로부터 입찰참가자격제한 요청이 있는 자	이 제한기준에서 정한 사유로 입찰참가자격제한 요청이 있는 자	해당 각 호의 기준에 의함	
	이 제한기준에서 해당하는 사항이 없는 경우로서 입찰참가자격제한 요청이 있는 자	3개월	2개월 이상 4개월 미만
조사설계 용역계약 또는 원가계산 용역계약에서 고의 또는 중대한 과실로 조사설계금액이나 원가계산금액을 적정하게 산정하지 아니한 자	고의에 의한 경우	6월	5개월 이상 7개월 미만
	중대한 과실에 의한 경우	3월	2개월 이상 4개월 미만
안전대책을 소홀히 하여 사업장 근로자 외의 공중에게 생명·신체상의 위해를 가한 자		1년	11개월 이상 1년 1개월 미만
안전대책을 소홀히 하여 사업장 외의 공중에게 재산상의 위해를 가한 자		6월	5개월 이상 7개월 미만
사업장에서 「산업안전보건법」에 따른 안전·보건조치를 소홀히	동시에 사망한 근로자수가 10인 이상	1년 6월	1년 5개월 이상 1년 7개월 미만
	동시에 사망한 근로자수가 6인 이상 10	1년	11개월 이상 1년 1개월 미만

입찰참가자격 제한사유		제재기간	
		국가	지방
하여 근로자가 사망하는 재해를 발생시킨 자	인 미만		
	동시에 사망한 근로자수가 2인 이상 6인 미만	6월	5개월 이상 7개월 미만
계약을 체결 또는 이행(하자보수의무의 이행을 포함)하지 아니한 자		6월	5개월 이상 7개월 미만
공동계약에서 정한 구성원간의 출자비율 또는 분담내용에 시공하지 아니한 자	시공에 참여하지 아니한 자	3월	1개월 이상 3개월 미만
	시공에는 참여하였으나 출자비율 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자	1월	
공사이행보증서를 제출하여야 하는 자로서 동 공사이행보증서 제출의무를 이행하지 아니한 자		1월	1개월 이상 3개월 미만
계약이행능력심사를 위하여 제출한 하도급관리계획, 외주근로자 근로조건 이행계획에 관한 사항을 지키지 아니한 자		1월	1개월 이상 3개월 미만
담합을 주도하여 낙찰을 받은 자		2년	
담합을 주도한 자		1년	11개월 이상 1년 1개월 미만
입찰자 간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자		6월	5개월 이상 7개월 미만
입찰에 관한 서류를 위조·변조·부정행사하거나 허위서류를 제출하여 낙찰을 받은 자		6월	11개월 이상 1년 1개월 미만
고의로 무효의 입찰을 한 자		6월	5개월 이상 7개월 미만
2억원 이상의 뇌물을 준 자		2년	2년
1억원 이상 2억원 미만의 뇌물을 준 자		1년	1년
1천만원 이상 1억원 미만의 뇌물을 준 자		6월	6개월
1천만원 미만의 뇌물을 준 자		3월	3개월
입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행과 관련하여 관계공무원에게 뇌물을 준 자		1월	1개월 이상 3개월 미만
입찰참가를 방해하거나 낙찰자의 계약체결 또는 그 이행을 방해한 자		3월	2개월 이상 4개월 미만
감독 또는 검사에 있어서 그 직무의 수행을 방해한 자		3월	2개월 이상 4개월 미만

입찰참가자격 제한사유		제재기간	
		국가	지방
계약이행능력의 심사(또는 입찰금액의 적정성심사)에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니하거나 서류제출 후 낙찰자 결정 전에 심사를 포기한 자		3월	2개월 이상 4개월 미만
일괄입찰의 낙찰자를 결정하는 경우에 실시설계적격자로 선정된 후 정당한 이유없이 기한내에 실시설계서를 제출하지 아니한 자		3월	2개월 이상 4개월 미만
입찰공고를 위반하여 계약을 체결한 자			5개월 이상 7개월 미만
감리용역계약에 있어서 「건설기술관리법 시행령」 제105조 및 계약서 등에 따른 감리원 교체사유 및 절차에 의하지 아니하고 감리원을 교체한 자		8월	7개월 이상 9개월 미만
사기, 그 밖의 부정한 행위로 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행 과정에서 국가에 손해를 끼친 자	국가(지방자치단체)에 10억원 이상의 손해를 끼친 자	2년	1년 10개월 이상 2년 이하
	국가(지방자치단체)에 10억원 미만의 손해를 끼친 자	1년	11개월 이상 1년 1개월 맘나
계약서에 명시한 정보를 무단으로 누출한 자	정보 누출 횟수가 2회 이상인 경우	3월	3개월
	정보 누출 횟수가 1회인 경우	1월	1개월

4) 두 가지 계약법상의 차이점

국가계약법과 지방계약법에 대한 제재주체에 대한 대상만 차이가 있지, 부정당업자의 제재 사유는 대부분 동일하게 설정되어 있다. 다만, 지방자치단체의 경우 입찰공고(제33조)를 위반하여 계약을 체결한 자까지도 포함시키고 있다는 것이 차이점이다. 또한 제재기간과 관련해서는 국가계약법상에서는 월단위 수준으로 구체적으로 명시하고 있는 반면에, 지방계약법상에서는 최소기간과 최대기간을 설정하고 있어서 국가계약법보다는 탄력성이 있게 제도를 운영하고 있는 것을 볼 수 있다.

4. 외국의 부정당업자에 대한 제재 비교

강운산(2010)[1]은 외국의 부정당업자에 대한 제재의 시사점을 세 가지를 제시하고 있다. 첫째, 부정당업자제재 제도의 비징벌적 운영을 들고 있다. 외국의 부정당업자 제제 제도는 우리나라와 같이 징벌적인 운영보다는 유도적인 운영 형태를 보이고 있다는 것이다. 특히 부정당업자에 대한 단순한 처벌로서 입찰참가 자격을 제한하기보다는 공공계약의 윤리성, 신뢰성 및 성과 제고 등 정책목적의 달성을 위한 유도적 수단으로 활용되고 있음을 설명하고 있다. 둘째, 부정당업자 제재 사유의 합리적 규정을 제시하고 있다. 이는 우리나라와 같이 법률과 시행령에 제재 사유와 기간을 정하여 제재 처분기관의 재량이 매우 드문 반면에 외국에서는 제재 처분에 대해 많은 재량을 처분 기관에 부여하고 있어서 자율적인 운영이 가능하다고 지적하고 있다.

셋째, 부정당업자 제제의 탄력적 운영을 설명하고 있다. 주요국의 부정당업자 제재 사유를 보면 공공 계약 질서 유지와 특별한 정책적 목적에 기초하여 사유를 정하고 있어서 공공 계약의 체결 및 이행 과정에서의 불공정 행위 외에 다른 정책적 목적을 설정하고 있지 않기 때문에 제재 사유는 그리 많지 않은 실정이다. 대표적으로 영국은 발주자가 동일한 제재 사유에 해당한다고 해도 제재 기간, 내용에 대해 차별하여 처분을 내릴 수 있는 재량이 허용되고 있다. 캐나다는 부정당업자 제재 내용이 입찰참가자격 제한 외에 다른 입찰자와 다른 계약 조건의 부과와 같은 제재를 내릴 수 있는 등 외국의 부정당업자 제재는 탄력적으로 제도 운영이 이루어지고 있다

1) 외국사례에 대한 자세한 논의는 강운산(2010: 19-46)의 「부정당업자제재제도 개선 방안」 보고서를 참조하기 바람.

고 보았다. 따라서 입찰참가자격 제한 처분 외에 공공계약 질서 유지를 담보할 수 있는 다양한 제재 처분을 도입하여 과도한 처분을 지양하고 제재 수단의 실효성을 높이는 방향으로 전환할 필요가 있다고 주장하고 있다.

〈표 9〉 주요국의 부정당업자 제재 제도 비교

구분	미국	영국	독일	프랑스	캐나다	한국
목적	공공 계약 윤리성 제고, 사회적 책임 제고	정부조달 윤리 제고, 사회적 책임 제고	공공 계약 질서 유지	공공 계약 범죄 처벌	공공 계약 성과 제고	공공 계약질서 유지
제재 사유	· 법률상 : 부패, 불법취업 · 행정적 : 계약의 불완전 이행, 사기, 절도, 뇌물, 탈세 등	· 절대적 : 범죄조직 가입, 부패, 사기, 돈세탁 등 · 임의적 : 파산, 영업상 위법행위, 조세미납, 허위정보 제공 등	파산, 해산, 신뢰성 중대한 과오, 사회보험 및 조세 미납, 허위정보 제공, 직업공제조합 미신고 기업 등	뇌물, 담합, 문서 위조 등	공공 계약의 불완전이행	뇌물, 안전, 담합, 불완전이행 등 19가지
운영 기본원칙	유도적 운영	유도적 운영	유도적 운영	형사처벌적 운영	사전적, 유도적 운영	징벌적 운영
공공계약 관련성	직접적 관련성 불필요	직접적 관련성 불필요	직접적 관련성 필요	직접적 관련성 필요	직접적 관련성 불필요	직접적 관련성 요구
제재 효과	전체적 입찰참가 배제	발주기관별 입찰참가 배제	전체적 입찰참가 배제(반대의견 존재)	전체적 입찰참가 배제	전체적 입찰참가 배제 (예외있음)	전체적 입찰참가 배제
법령 체계	행정입법에 근거	EU지침, 행정입법	EU지침, 행정입법	EU지침, 형법	형법, 행정정책(성과관리개선조치)	법률, 법규명령에 근거
운영 탄력성	탄력적 운영	발주자의 재량에 따라 탄력적 운영	탄력적 운영	경직적 운영 (법원 판결)	제재처분 다양 등 탄력적 운영	경직적 운영

출처: 강운산(2010: 46)

Ⅳ. 우리나라 부정당업자의 제재 특성과 쟁점

1. 부정당업자에 대한 제재의 특성

우리나라 부정당업자에 대한 제재에 대해서 법률적 측면에서 지속적으로 논의되고 있는 실정이다. 이와 관련된 기존연구들을 살펴보면, 헌법적 측면과 행정법적 측면으로 나눠서 살펴볼 수 있는데, 대부분 입찰참여자격제한의 법률적인 문제점을 지적하고 있다. 이에 대한 논의를 구체적으로 살펴보면 아래와 같다. 우선 이동수(2004)는 국가계약법의 위임입법과 관련된 것과 입찰참가자에 대한 제재권의 한계에 대한 문제점을 대상으로 논의하였다. 논의한 결과에 따르면, 과징금의 부과 등 다른 제재수단이 포함되어 있지 않으며, 중앙부처와의 관계에서의 부정당행위에 대한 제재를 정부의 모든 공사에까지 확대 적용하는 것은 일종의 연좌적 처분이라고 지적하였다. 또한 징벌적 성격을 띠고 있어서 이중위헌의 금지원칙에 반하는 규정이 있으며, 실정법 체계상으로 혼선을 초래할 수 있다고 보았다. 그리고 입찰참가제한의 범위를 설정하는 것은 과잉금지의 원칙, 부당결부금지의 원칙, 책임개별화의 원칙에 반한다고 보았으며, 발주한 공사의 소요예산, 공사내용, 전문성 등에서 서로 다른 것임에도 불구하고 합리적 근거없이 차별하는 결과를 야기하였다고 한다. 이에 대한 개선방안으로서 입법론적 제언을 하면, 국가계약법의 구체화(예, 입찰참가자격제한 기준의 상한선 설정), 부정당업자의 행위유형의 등급화, 계약당사자 평등의 원칙의 구현을 제시하였다. 사회·경제적 제언으로 기업의 자율성 보장, 창의적인 공공정책 수립 및 기업의 적극적인 참여, 부정당업자에 대한 제재의 개선 등을 주장하였다.

또한 박정훈(2005)도 부정당업자의 입찰참여자격제한의 법적인 문제점을 독일, 미국, 프랑스 제도를 고찰해보고 헌법적 문제와 행정법적 문제로 나누어서 검토하였다. 우선 헌법적 문제를 살펴보면, 위임입법과 관련해서는 허가취소·정지와 과징금 등을 포함시켜서 법치주의적 안전장치 마련, 입찰참가자격 제한이라는 처벌은 일사부재리원칙에 위반된다고 지적하였다. 그리고 국가가 일방적으로 입찰참가자격 제한의 권한을 부여한 것은 평등원칙에 위배되며, 선택재량을 인정하면서도 대부분 결정재량을 부정하고 있어서 최소 1개월의 입찰제한을 실시하게 되면 관련 기업의 사활에 결정적인 영향을 받으므로 비례원칙에 위반된다고 주장하였다. 다음으로 행정법적 문제를 살펴보면, 부정당업자의 입찰참여자격제한 제도가 행정소송의 대상이 되며, 처벌로 인한 명예와 신용의 문제, 타 공공기관 입찰의 확대적용, 제한기간의 문제 등이 문제점으로 지적하였다.

한편 김태완(2010)은 지방계약법상 부정당업자 입찰참가자격제한 제도의 개선방안에 대해서 입법론적인 방안을 중심으로 논의하였다. 이를 정리해보면, 제재시기와 관련하여 제재 시효의 인정 필요성과 제재 절차 개시시점의 인정 필요성, 제재 처분의 기산점의 명확화 등을 주장하였다. 그리고 제재대상 범위의 합리적 개선을 위해서 기존의 선택적 제재까지 포함하기 보다는 의무적 제재에 한해서 모든 공공기관이 함께 재제하도록 가하는 방안을 제시하였다. 또한 제재사유의 불확정 개념과 관련해서는 실무적으로 논란이 되고 있는 사유에 대해서 별도의 규정을 두거나 현 규정의 현실화가 필요하다고 보았다. 마지막으로 대체제재 수단의 마련(예, 과징금 제도 도입), 하수급업체의 위반 행위에 대한 제재 근거 마련(예, 뇌물관련 제재 대상이 계약당사자에만 해당), 소송상 집행정지 제도의 개선 등을 제안하였다.

강운산(2010)은 공공계약에서 이루어지고 있는 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분의 문제점과 개선방안에 대해서 종합적으로 정리하여 논의하고 있다. 우리나라 제도의 문제점을 파악하기 위해서는 외국의 부정당업자제재 제도에 대해서 살펴본 결과, 외국에서는 징벌적 수단보다는 유도적 수단으로 운영하고 있고 재제처분에 대해 많은 재량을 부여하고 있는 것으로 나타났다. 이를 토대로 부정당업자 제재 처분의 실효성을 제고하기 위해서 부정당업자 제재제도 운영 원칙 재정립, 입찰참가자격 제한 사유의 구분·적용, 부정당업자 입찰참가자격 제한 사실의 공유 강화 등을 주장하였다. 다음으로 과잉·중복 처벌 논란을 해소하기 위해서 과징금 제도 도입, 입찰참가자격 제한 사유의 조정과 처분의 다양화를 제시하였다. 마지막으로 부정당업자 제재제도의 운영상의 개선방안으로서 제재처분시효제도 도입, 부도 등 애로 기업에 대한 부정당업자 제재 처분 면제, 제재 처분 제재 기한의 명확화, 제재 처분 중인 부정당업자의 새로운 처분 개시 시점 명확화 등을 제안하였다.

이를 토대로 살펴보면, 우리나라 부정당업자의 제재에 대한 특성은 크게 1) 징벌적 특성, 2) 연좌적 특성, 3) 비동등한 계약관계, 4) 강압적 규제수단, 5) 낙인효과 등을 제시하고 있다. 이는 Hirschman(1970)의 주장처럼, 공공재의 특성상 자유로운 이탈이 어렵기 때문에 대부분은 울며 겨자먹기 식으로 따를 수밖에 없는 상황에 있기 때문에 과도한 경쟁과 함께 징벌적인 수단은 오히려 건전한 시장질서를 형성하기 보다는 지대추구적인 성향이 나타날 수밖에 없는 상황이라는 것이다.

2. 부정당업자 제재의 쟁점사항

부정당업자 제재의 쟁점사항은 크게 5가지로 나눠서 살펴볼 수 있다.[2] 첫째, 제재사유의 정비 필요성은 학계를 떠나서 누구나 공감하고 있다는 것이다. 특히, 연간 3회이상 입찰 미참가와 같이 발주기관의 피해가 거의 없고 공공시장에 미치는 영향도 경미한 사유는 제재대상에서 제외할 필요가 있다고 보고 있다.

둘째, 부정당업자 제재 효력범위를 계약당사자인 당해 발주기관으로 한정하는 것이 필요하다는 것이다. 기존의 징벌적 특성으로 인하여, 부정당업자로 낙인을 받게 되는 경우 다른 입찰에서도 암묵적으로 제외되는 경우가 발생하기 때문에 경제적 타격이 심하게 받을 수 있다는 것이다.

셋째, 타 법(예, 공정거래법, 건산법 등)에서 영업정지, 과징금 등 처분을 받은 경우 국가(지방)계약법에서 부정당업자 제재를 면제하여 중복처벌 문제 해소해야 한다는 것이다. 즉, 앞서 제시한 징벌적 특성과 함께 연좌적 특성으로 인하여 기존 제재사항이 누적됨으로 말미암아 경제적 타격과 함께 중복처벌로 인해서 기업이 회생불가능한 상황에 빠질 수 있다는 것이다.

넷째, 부정당업자에 대한 입찰참가자격 제한에 갈음하는 과징금 제도의 도입이 필요하다고 주장하고 있다. 기존의 계약법상에서는 징벌적 수단으로 제재기간만 설정되어 있기 때문에 이를 완화하기 위해서는 과징금 제도의 도입과 함께 다양한 규제수단을 활용할 것을 주문하고 있다.

다섯째, 부정당업자 제재 제도에 대한 시효제도의 도입해야 한다는 것이

2) 부정당업자 관련된 쟁점사항은 오마이건설뉴스(2011.12.12.) " [긴급지상좌담회] 부정당업자 제재의 파급효과 및 대응방안"에 대한 기사내용을 토대로 정리하였다.

다. 다른 법령과 마찬가지로 부정당업자 제재 제도의 시효제도를 도입함으로서 부정당업자에 대한 지속적인 관리를 위해서 모니터링의 필요성을 간접적으로 설명하고 있다.

3. Wilson의 규제정치모형에 의거한 부정당업자 제재의 발전방향

부정당업자 제재의 발전방향을 Wilson의 규제정치모형에 근거하여 살펴보고자 한다. 앞서 제시한 바와 같이 Wilson이 제시한 4가지 모형 중에서 부정당업자 제재 제도는 이익집단 정치모형에 해당한다고 볼 수 있다. 이는 부정당업자의 제재의 경우 특정 소수대상이 비용을 부담(입찰참가자격 제한)하고 특정집단에 한해서 반사 편익을 얻는 구조이기 때문이다. 따라서 부정당업자 제재를 완화하게 될 경우에는 크게 두 가지 방향으로 규제정치모형이 설정하게 되는 데, 소수집단에 이익에 집중되고 다수에 분산된 형태의 고객지향 정치모형과 편익은 다수에 분산된 반면에 비용은 여전히 소수집단에 집중된 경우인 기업가적 정치모형으로 이어지게 된다.

이를 구체적으로 설명해보면, 첫 번째로 고객지향 정치모형인 경우에서는 소수집단이 이익을 얻을 수 있다고 판단되면 빠르게 정치조직화하여 자신들의 제도적 보장을 위해서 노력하게 된다. 결국엔 특정 소수집단에 의해서 공공기관이 오히려 포획되는 현상이 발생하게 된다는 것이다. 부정당업자 제재현황과 비추어 보았을 때, 오히려 대기업은 규제완화로 인하여 살아남을 수 있는 반면에 중소기업의 경우 경제적 피해를 입게될 가능성이 높게 된다. 예를 들어, 과징금 제도를 전면 도입하게 될 경우에는 과징금의 범위를 두고 논쟁이 발생할 수 있으며, 이에 대한 가이드라인을 잡는

과정에서 대기업 중심으로 포획될 가능성이 있어서 애초의 징벌적 수단이 오히려 중소기업 입장에서 좋을 수도 있다는 것이다.

두 번째로 기업가적 정치모형에 근거할 경우에는 공익이라는 사회적 분위기에 의해서 거버넌스적 접근이 가능하게 된다. 즉, 기존의 징벌적 수단보다는 유도적 수단으로서 전환하는 과정가운데 사회적 분위기를 형성하고 이에 대한 사전스크리닝 작업의 강화, 경쟁적 관계보다는 대기업과 중소기업간의 협력적인 관계형성을 도모할 수 있는 간접적인 규제수단을 활용하는 것이 필요하다는 것이다. 앞서 제시한 제재의 쟁점과 관련해서는 공공계약과 관련하여 사전스크리닝제도 강화, 부정당업자 제재 제도의 시효제도 도입, 계약과정에 대한 투명성 확보 등이 해당한다.

이외에도 부정당업자 제재 제도적 개선을 위해서 공개성, 공정성, 전체성, 전문성 등 4가지 영역을 중심으로 고려하는 것이 필요하다. 특히, 공개성과 공정성 관련해서 공공계약심의위원회의 투명성과 참여성, 그리고 절차적 합리성을 마련하는 것이 필요하다. 그리고 전체성과 전문성과 관련해서는 기존의 최적입찰가격제도를 무조건적으로 적용하기 보다는 지속성과 전문성, 그리고 균형감을 형성할 수 있도록 계약규정을 마련하여 향후 발생될 부정당업자의 추가적인 제재가 발생하지 않도록 사전예방하는 게 무엇보다 필요하다고 본다.

Ⅴ. 결론

본 연구는 부정당업자 입찰참가자격 제한제도의 현황분석을 통해 쟁점, 문제점을 짚어보고 나아갈 방향 제시하고자 하였다. Wilson의 규제정치모형 중에서 부정당업자 입찰참가자격 제한제도는 이익집단 정치모형에 해당한다고 볼 수 있는데, 앞으로 보다 바람직한 방향인 기업가적 정치모형으로의 전환이 필요하다고 판단된다. 이러한 기업가적 정치모형에서는 거버넌스적 접근이 가능하다고 생각된다. 부언하면, 기존의 징벌적 수단보다는 유도적 수단으로서 전환이 가능하고, 사전 스크리닝 작업의 강화, 경쟁적 관계보다는 대기업과 중소기업간의 협력적인 관계형성 도모, 부정당업자 제재 제도의 시효제도 도입, 계약과정에 대한 투명성 확보 등 간접적인 규제수단를 보다 적극적으로 활용할 필요가 있다. 이와 더불어 공공부문의 핵심적인 가치라고 할 수 있는 공개성, 민주성, 숙의성, 전문성 등을 확보할 수 있는 방향으로 제도 설계 및 개선이 이뤄질 필요가 있다.

참 고 문 헌

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」, 시행령, 규칙

「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」, 시행령, 규칙

강운산. (2010).「부정당업자제재제도 개선 방안」. 서울: 한국건설산업연구원.

김태완. (2010). 지방계약법상 부정당업자입찰참가자격제한 제도의 개선방안에 관한 연구: 실무운용과정에서의 제도적 미비를 보완하기 위한 입법론적 방안을 중심으로.「지방계약연구」 제2호: 1-22.

남궁근. (2012).「정책학」. 서울: 법문사.

박정훈. (2005). 부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 문제점.「서울대학교 법학」46(1): 282-311.

안문석. (2001).「정부와 기업 그리고 시민사회」. 서울: 박영사.

오마이건설뉴스. (2011). [긴급지상좌담회] 부정당업자 제재의 파급효과 및 대응방안. 12.12.

이동수. (2004). 국가계약법상 부정당업자에 대한 제재.「사회과학논집」 제3호: 15-31.

최병선. (1992).「정부규제론」. 서울: 법문사.

Hirschman, A. O. (1970). *Exit, Voice, and Loyalty.* Cambridge: Harvard University Press.

Salamon L. M. & Elliott. O. V. (2002). *The Tool of Government: A Guide to the New Governance*. Oxford University Press.

Savas, E. S. (1987). *Privatization: The Key to Better Government*. Chatham, N.J.: Chatham House.

Wilson, J. Q. (1980). *America Government: Institutions and Politics*. Lexington: D.C. Health and Co.

MEMO

MEMO

MEMO