

## 부정당업자제재처분에 대한 집행정지



정유철 법무법인 율촌 변호사

1990년대 이후로 국내 건설경기에서 공공부분의 수주 비중이 민간부분의 수주 비중을 추월한 사례는 흔치 않다. 그러나 1997년말 외환위기 직후 1998년 5월부터 그 해 12월까지 및 2008년 글로벌 금융위기 직후 2009년 1월부터 7월까지 두 차례에 걸쳐 공공부분의 수주 비중이 민간부분의 수주 비중을 추월한바 있으며,<sup>1)</sup> 국내 경제가 좋을 때에도 국내 건설경기에서 공공부분의 수주 비중은 평균적으로 30~40% 수준을 유지한다. 따라서 공공부분의 입찰에 참여할 수 있는 자격이 있는지 여부는 건설업체에게 대단히 중요한 문제이다.

그럼에도 불구하고 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령에서는 광범위한 입찰참가자격제한 사유를 규정하고 있으며, 그에 따라 건설업체는 수많은 국가계약을 이행하는 과정에서 부정당업자제재처분을 받을 수 있는 위험에 상시 노출되어 있다. 부정당업자제재처분은 국가계약의 공정하고 투명한 집행이라는 측면에서 필요한 제도이기도 하나, 건설업체에게 미치는 영향이 결코 가볍지 않다는 점에서 부당한 부정당업자제재처분에 대하여 건설업체가 다룰수 있는 권리구제 수단이 필요하다. 이하에서는 현행법상 부정당업자제재처분에 대하여 건설업체의 가장 효과적인 권리구제 수단이 라고 볼 수 있는 행정소송법상 집행정지 제도에 관하여 살펴보기로 한다.

### 1. 부정당업자제재처분에 의하여 제한되는 입찰참가의 범위

부정당업자제재처분은 중앙관서의 장, 지방자치단체의

장, 공기업·준정부기관의 기관장이 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적당하다고 판단하여 1개월 이상 2년 이내의 범위에서 입찰에 참여할 수 있는 자격을 박탈하는 제도이다. 위 각 기관의 장이 입찰참가자격을 제한하는 때에는 업체(상호)명·주소·성명(법인인 경우 대표자성명, 법인등록번호등)·주민등록번호·사업자등록번호·관계법령상 면허 또는 등록번호·입찰참가자격제한기간 및 제한사유를 기획재정부장관이 지정·고시하는 지정정보처리장치에 게재하게 된다. 이러한 공지시스템에 의하여 국방부장관에 의하여 입찰참가자격제한처분을 받은 경우 국방부장관이 실시하는 입찰뿐만 아니라 다른 중앙관서, 지방자치단체, 공기업·준정부기관이 실시하는 모든 입찰에 참가가 제한될 수 있으며, 경쟁입찰을 통하여 낙찰을 받았다고 하더라도 낙찰된 자가 계약을 체결하기 전에 입찰참가자격제한처분을 받은 경우에는 계약체결권을 박탈당하게 된다. 또한 입찰참가자격제한을 받은 자가 법인인 경우에는 법인의 대표자도 대하여도 입찰참가자격이 제한되며, 그 경우 대표자는 다른 법인을 설립하더라도 입찰참가제한 기간 내에는 입찰참가가 제한된다.

### 2. 집행정지의 의의 및 취지

중앙관서의 장 또는 지방자치단체의 장으로부터 입찰참가자격제한 처분을 받은 경우에는 소송을 통하여 그 처분의 취소를 구할 수 있으며, 그와 같은 소송은 행정소송에 해당한다. 그러나, 입찰참가자격제한 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하더라도 그 소송에서 승소판결이 확정되거나 입찰참가

1) 대한건설협회 2010년 건설경기 전망, p10~11

자격제한 기간이 경과하기 전에는 입찰에 참여할 수 없음이 원칙이다. 행정처분에는 그 처분이 아무리 위법하다고 하여도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 아무도 그 하자를 이유로 그 효과를 부정하지 못하는 행정행위의 공정력이 인정되기 때문이다. 행정소송법 제23조 제1항에서도 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다고 규정하여 행정행위의 공정력을 간접적으로 규정하고 있다.

그러나, 이러한 행정행위의 공정력을 철저히 관철시킬 경우 입찰참가자격제한 처분을 받은 자가 입찰참가자격제한 처분을 취소하는 판결을 뒤늦게 받더라도 이미 상당한 기간 동안 입찰참가자격 제한의 불이익을 받은 이후이거나, 심지어는 입찰참가자격 제한기간이 초과되어 당해 처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상의 이익이 없음을 이유로 소 제기 자체가 부적법하다는 판결을 받을 수도 있다. 위와 같은 점을 고려하여 행정소송법 제23조 제2항, 제3항, 제38조 제1항에서는 취소소송 또는 무효등확인소송이 제기된 경우 법원의 결정에 의해 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행을 정지할 수 있는 집행정지제도를 두고 있다. 집행정지제도는 민사소송에서 확정판결의 강제집행을 보전하기 위해 인정되는 가처분과 유사한 제도로, 이를 특수한 가처분의 일종으로 분류하기도 한다<sup>2)</sup>.

### 3. 집행정지의 요건

행정소송법 제23조 제2항, 제3항에 의하면 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분의 효력 등을 정지할 수 있고, 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것을 요구하고 있다.

#### 가. 본안소송이 적법하게 계속 중일 것

행정소송상 집행정지 제도는 민사상 가처분과 유사한 기능을 수행하나 민사상 가처분과 달리 본안소송이 반드시 계속 중일 것을 요구한다. 따라서 집행정지신청은 입찰참가자

격제한 처분 취소의 소 제기 후 또는 동시에 하여야 함이 원칙이며, 본안의 소는 소송요건(당사자 적격, 제소기간, 소의 이익 등)을 갖춘 적법한 것이어야 한다.

이와 관련하여 행정소송은 행정청의 처분 등을 대상으로 하는 소송이고 한국전력공사와 같은 공기업은 원칙적으로 행정청이 아니므로, 그와 같은 공기업의 입찰참가자격제한 처분에 대한 행정소송 및 집행정지 신청이 가능한지 의문이 있을 수 있다. 과거 대법원은 한국전력공사의 입찰참가자격제한처분에 대한 집행정지 신청이 적법한지와 관련하여 1999. 11. 26. 선고 99부3 판결에서 한국전력공사는 행정소송법 소정의 행정청 또는 그 소속기관이거나 이로부터 이 사건 제재 처분의 권한을 위임받았다고 볼 만한 아무런 법적 근거가 없어<sup>3)</sup> 한국전력공사가 한 부정당업자제재처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 한국전력공사의 입찰참가자격제한의 취소를 구하는 본안소송은 부적법하다고 보아 집행정지 신청 또한 받아들일 수 없다고 판시하였다. 그러나 舊정부투자기관관리기본법이 개정되어 입찰참가자격제한에 관한 규정을 둔 이후 서울고등법원은 2005. 9. 7. 선고 2003누9734 판결에서는 대한주택공사의 입찰참가자격제한처분의 처분성을 인정한바 있고, 2007. 4. 1. 시행된 공공기관의 운영에 관한 법률 제39조에서도 입찰참가자격제한에 관한 근거 규정을 두고 있으므로, 현행법에 의할 경우 공기업·준정부기관의 입찰참가자격제한처분에 대하여도 취소소송 및 집행정지 신청이 가능하다고 보아야 할 것이다.

또한 본안소송의 계속은 집행정지결정의 요건일 뿐만 아니라 그 효력지속 요건이므로, 특별한 사정이 없는 이상 법원으로부터 집행정지결정을 받았다고 하더라도 본안소송인 입찰참가자격제한처분 취소소송을 취하하여서는 안 될 것이다.

#### 나. 본안소송의 승소가능성이 필요한지 여부

집행정지제도가 본안판결에서 승소판결을 받을 때까지 임시로 권리를 구제하는 제도라는 점에서, 본안에서의 승소가능성을 어느 정도까지 고려하여야 하는지가 문제된다. 이에 대하여는 견해의 대립이 있으나, 통설과 대법원은 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것을 집행정지의 소극적 요건으로 요구하고 있다. 이러한 견해에 의하면 본안소송의 승소가능성은 집행정지 신청을 하는 신청인이 적극적으로 소명

2) 사법연수원, 보전소송(2010년), p.8.

3) 1999. 2. 5. 정부투자기관관리기본법을 개정하여 입찰참가자격제한에 관한 근거 규정을 두기 전의 입찰참가자격제한 처분이 문제가 되었던 사안임.

하여야 하는 사항은 아니며 피신청인인 행정청이 본안 청구가 이유 없음이 명백하다는 점을 소명하여야 하나, 본안의 이유 있음이 명백하다면 다른 집행정지 요건을 판단함에 있어서 사실상 유리한 영향을 받을 수 있다는 점을 고려할 때 집행정지 신청인이 적극적으로 본안 청구가 이유 있음(즉, 입찰참가자격제한 처분이 위법함)을 주장·소명하는 것이 소송전략상 필요하다 할 것이다.

#### 다. 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있을 것

회복하기 어려운 손해가 있는지 여부는, 실제 집행정지결정 과정에서 가장 첨예하게 다투어지는 부분으로 집행정지 신청인이 적극적으로 주장·소명해야 하는 요건이다.

위 요건의 해석과 관련하여 대법원은 2004. 5. 12. 선고 2003무41 판결에서 ‘회복하기 어려운 손해’라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 이는 금전보상이 불능인 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는 다 할 것인바, ‘처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요’가 있는지 여부는 처분의 성질과 태양 및 내용, 처분상대방이 입는 손해의 성질·내용 및 정도, 원상회복·금전보상의 방법 및 난이 등은 물론 본안청구의 승소가능성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 판시한 바 있다. 또한 2003. 4. 25. 선고 2003무2 판결에서는 당사자가 행정처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 재산상의 손해를 입거나 기업 이미지 및 신용이 훼손당하였다고 주장하는 경우에 그 손해가 금전으로 보상할 수 없어 회복하기 어려운 손해에 해당한다고 하기 위해서는, 그 경제적 손실이나 기업 이미지 및 신용의 훼손으로 인하여 사업자의 자금사정이나 경영 전반에 미치는 파급효과가 매우 중대하여 사업 자체를 계속할 수 없거나 중대한 경영상의 위기를 맞게 될 것으로 보이는 등의 사정이 존재하여야 한다고 봄이 상당하다고 판시한 바 있다.

대법원의 입장에 의할 때 회복하기 어려운 손해에 해당하는지 여부는 원상회복 또는 금전보상 가능성이 있는지가 중요한 판단 기준이 되며, 원상회복 또는 금전보상 가능성은 처분의 성질과 태양에 따라 달라 질 수 있다. 그러나 구체적인 사안에서의 법원의 판결을 분석하여 보면 동일한 처분일지라

도, 회복하기 어려운 손해가 있다고 본 것과 없다고 본 것이 함께 존재하는 경우가 있다. 그러한 사례로는 공정거래위원회 과징금부과처분, 개인택시운송사업면허취소처분 등이 있다. 이는 법원이 회복하기 어려운 손해가 존재하는지 여부를 판단함에 있어 처분의 성질뿐만 아니라 처분의 당사자가 받는 손해의 구체적인 성질·내용 및 정도가 다르다는 현실을 고려한 결과이기도 하며, 당사자가 얼마나 적극적으로 자신의 손해를 주장·소명하였는지에 따른 것으로 보인다.

공정거래위원회의 과징금 부과처분에 대한 집행정지 신청을 하면서 당사자가 단순히 과징금액수 상당의 재산상 손해만을 주장할 경우에는 이는 금전으로 보상 가능한 것으로 보아서 회복하기 어려운 손해가 없다고 보가 집행정지 신청이 기각될 수 있다. 반면에 공정거래위원회로부터 285억 상당의 과징금을 부과받은 당사자가 과징금 부과당시 주거래은행과 부채비율을 감축하기로 하는 내용의 재무구조개선약정을 체결한 상태였음을 적극 주장·입증한 사안에서는 공정거래위원회의 과징금부과로 인한 신청인의 손해는 비록 그 성질이나 태양이 재산상의 손해에 속한다고 하더라도 본안 소송이 진행되는 도중에 이 사건 처분이 집행되거나 또는 그 집행을 저지하기 위하여 신청인이 무리하게 외부자금을 차입하기라도 한다면, 신청인의 사업여건이나 자금사정은 더욱 악화될 것으로 보이고, 그렇게 될 경우 신청인은 주거래은행과의 재무구조개선약정을 지키기가 더욱 어려워져, 급기야는 회사의 존립 자체가 위태롭게 될 정도의 중대한 경영상의 위기를 맞게 될 우려가 있음을 쉽사리 짐작할 수 있어, 이 사건 처분이 신청인의 자금사정이나 경영전반에 미치는 파급효과는 매우 중대하다고 할 것이므로, 회복하기 어려운 손해에 해당한다고 판시한 바 있다<sup>4)</sup>.

위와 같은 판례의 태도는 입찰참가자격 제한 처분에서도 동일하게 적용될 수 있을 것이다. 입찰참가자격제한 처분의 경우 처분의 당사자가 입는 객관적인 손해는 입찰참가자격 제한 기간 동안 국가 및 공공기관에서 하는 입찰에 참여하지 못하여 계약을 체결할 수 있는 기회를 상실하는 것이다. 계약을 체결할 기회를 상실함으로써 사업자가 얻는 손해는 결국 재산상의 손실로써 원칙적으로 회복하기 어려운 손해를 인정받기 어려운 것으로 생각될 수도 있으며, 과거 대법원 판결 중에도 이러한 취지로 판시한 것이 있다.<sup>5)</sup> 그러나 입찰

4) 대법원 2001. 10. 10. 선고 2001무29판결

5) 대법원 1966. 9. 15. 선고 66두9

참가자격제한 처분이 사업자에게 미치는 손해의 내용 및 정도는 입찰참가자격제한 기간 및 사업자가 처한 구체적인 경영상태에 따라서 다를 수 있다.

입찰참가자격제한 기간이 너무 길 경우에는 그 자체로서 경영전반에 미치는 파급효과가 매우 커서 사업을 계속할 수 없게 만들 수도 있으며, 입찰참가자격제한 기간이 짧더라도 사업자의 자금사정이 매우 안 좋은 상황에서는 기업의 존폐와 연결될 수도 있기 때문이다. 대법원에서도 A회사가 행정청으로부터 1년간의 부정당업자제재처분을 받고 집행정지를 신청한 사건<sup>6)</sup>에서 “위 부정당업자제재처분의 위법여부가 심리되어 있지 아니하여 상대방이 위 본안소송에서 승소할 것인지의 여부가 불분명하지만, 만일 위 처분의 효력이 정지되지 아니한 채 본안소송이 진행된다면 상대방은 그동안 국가기관등의 입찰에 참가하지 못하게 되고 따라서 만일 본안소송에서 승소한다고 하더라도 그동안 위 입찰등에 참가하지 못함으로 인하여 입은 손해는 쉽사리 금전으로 보상될 수 있는 성질의 것이 아니어서 사회관념상 회복하기 어려운 손해에 해당된다 할 것이고, 상대방의 위 부정당업자제재처분취소의 본안청구가 이유없음이 기록상 분명하지 아니한 이상, 위와 같은 손해를 예방하기 위하여 이 사건 처분의 효력을 정지시킬 긴급한 필요가 있다”고 판시한바 있다.

또한 최근 국방부장관이 B회사에 대하여 3개월 입찰참가자격제한처분을 한 것에 관한 집행정지 신청사건에서 이 사건 처분으로 인하여 신청인이 국가 및 공공기관에서 하는 모든 종류의 입찰에 참여할 수 없게 된다는 점에 비추어 볼 때, 이 사건 처분의 집행으로 인하여 신청인에게 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 인정된다고 보아 집행정지 신청을 인용한 고등법원의 결정<sup>7)</sup>이 있었다. 위 결정에서는 신청인이 국가 및 공공기관에서 하는 모든 종류의 입찰에 참여할 수 없다는 것 자체만으로 회복하기 어려운 손해가 있는 것으로 판단하고 있는 것처럼 보이나, 동일한 입찰참가자격제한처분임에도 불구하고 회복하기 어려운 손해를 부정한 사례 또한 존재한다. 따라서 입찰참가자격제한처분의 집행정지를 신청하는 경우에는 단순히 제재기간 동안 국가 및 공공기관에서 하는 모든 입찰에 참여할 수 없다는 것만을 주장할 것이 아니라, 그로 인해 사업자가 받을 수 있는 불이익을 보다 구체적으로 소명하기 위한 노력이 필요할 것이다.

6) 대법원 1986. 3. 21. 선고 86두5

7) 서울고등법원 2009. 3. 31. 선고 2009루75

#### 라. 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것

공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 함은 일반적·추상적인 공익에 대한 침해의 가능성이 아니라 당해 처분의 집행과 관련된 구체적·개별적인 공익에 중대한 해를 입힐 개연성을 말하는 것으로서 이러한 집행정지의 소극적 요건에 대한 주장·소명책임은 행정청에게 있는 것이 원칙이다.

입찰참가자격제한처분에 있어서 추구하는 일반적인 공익은 경쟁의 공정한 집행 또는 국가계약의 적정한 이행의 확보이며, 입찰참가자격제한처분에 대한 집행정지로 인하여 구체적·개별적으로 공익에 대하여 미치는 영향은 당해 입찰참가자격제한 사유, 처분 당사자의 위반행위의 경위·내용 및 정도에 따라 달라질 수 있다. 따라서 법리상으로는 공공복리에 중대한 영향을 미치는 사실이 있다는 점을 행정청이 소명할 책임이 있다고 하더라도, 입찰참가자격제한처분의 집행정지를 신청하는 당사자가 위반의 내용 및 정도가 중하지 않거나 부득이한 사정이 있었음을 소명하여 부정당업자제재처분의 집행을 정지하더라도 공공복리에 중대한 영향을 미치지 않음을 적극 주장할 필요가 있다.

### 4. 집행정지의 효과

입찰참가자격제한처분에 대하여 법원에서 집행정지 결정을 한 경우에는 당사자가 집행정지 결정을 고지 받은 때부터 입찰참가자격제한처분의 효력은 정지된다. 입찰참가자격제한처분의 효력이 정지되는 경우 행정청은 그러한 처분이 없었던 것으로 하여야 하며, 그러한 처분이 있었던 것을 전제로 하는 처분을 할 수 없다. 즉, 입찰참가자격제한처분이 효력이 정지되면 입찰참가자격제한처분이 있었을 경우에 가중하여 제재를 하도록 하는 규정이 있더라도, 행정청은 가중규정을 적용하여서는 안 된다.

실무상 집행정지의 시기는 별도로 정하지 않는 것이 일반적이며, 이 경우 결정을 고지한 때로부터 집행정지의 효력이 발생한다. 집행정지의 종기는 법원에서 결정하게 되며, 본안판결 선고시 또는 본안판결 확정시 등으로 정한다. 법원에서 종기를 결정하지 않은 경우에는 본안판결 확정시까지 집행정지의 효력이 존속한다<sup>8)</sup>. 법원이 집행정지 결정을 하면서 본안판결 선고시까지 처분의 효력을 정지한다고 하였을 경우에는, 본안판결이 선고되면 집행정지 결정의 효력이 소멸

8) 대결 1962. 4. 12. 4294민상1541

됨과 동시에 입찰참가자격제한처분의 효력이 부활하여 그때부터 또다시 입찰참가자격제한이 제한된다. 이러한 법리는 집행정지 신청의 당사자가 승소판결을 받은 경우에도 마찬가지<sup>9)</sup>이므로, 법원에서 집행정지의 종기를 본안판결 선고 시로 정한 경우 그에 관하여 상소심에서 집행정지를 또다시 신청하여야 집행정지기간의 진행을 막을 수 있다는 점을 유의하여야 한다.

## 5. 맺음말

최근 기획재정부에서는 실시설계적격자로 선정된 회사가 그 후 회생절차개시 신청을 하고 실시설계서를 제출하지 아니한 경우 부정당업자 제재사유가 되는지와 관련하여, 회생절차개시 신청으로 인한 입찰포기는 예측이 불가능한 불가항력 사유라고 보기 어려울 뿐만 아니라 입찰포기가 대표자의 경영상의 문제에서 기인한 것이라면 실시설계서 미제출에 정당한 이유가 있다고 할 수 없어, 부정당업자 제재사유가 된다고 유권해석 한바 있다<sup>10)</sup>. 이러한 해석에 따라 회생절차 개시 신청으로 인하여 계약을 포기한 경우에도 행정청에서는 부정당업자 제재처분을 할 것으로 예상되며, 이 경우 처분 당사자는 집행정지 신청을 활용하여 구제 받아야 할 것으로 보인다.

과거 부정당업자 제재처분을 받은 후 화의절차가 인가된 회사의 부정당업자 제재처분 집행정지 신청사건에서 법원은 이 사건 제재처분으로 신청인이 새로운 관급공사를 수주할 수 없게 되면 화의개시로 인한 자력갱생이 사실상 불가능하게 될 뿐만 아니라, 만약 본안에서 승소하여 이 사건 제재처분이 취소된다 할지라도 신청인이 입게 될 손해를 금전배상만으로 원상회복하기는 매우 곤란하다고 판단하여 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위한 긴급한 필요를 인정하여 집행정지 신청을 받아들인 사례<sup>11)</sup>가 있으므로, 그러한 경우 집행정지 신청이 인용될 가능성이 높은 것으로 보인다.

대부분의 사업체가 입찰에 참여하거나 계약을 체결할 당시에는 당해계약을 성실하게 이행하여 정당한 이윤을 추구하고자 한다. 그러나 사업체를 운영함에 있어서는 항상 대내·외적인 장애가 있을 수 있고, 건설업의 경우에는 하청업체 또는 공동도급 등 변수가 더욱 많아 계약의 이행이 순조

롭지 못한 경우가 더욱 많으며, 그로인해 부정당업자제재처분을 받을 위험이 다른 경우보다 훨씬 많다. 또한 부정당업자제재 처분은 그 기간의 상관없이 건설업체에 심각한 영향을 미칠 수 있다.

앞서 언급한 바와 같이 행정처분에 관한 집행정지 신청인이 재산상 손해를 주장하는 경우에도 손해의 내용·정도가 사업의 존폐와 연결될 수 있는 경우에는 법원에서도 집행정지 신청의 요건을 갖춘 것으로 해석하고 있다는 점 및 입찰참가자격제한처분의 경우 국가 및 공공기관이 하는 모든 입찰에 참여할 수 없는 불이익 자체를 회복하기 어려운 손해로 보는 경우도 있다는 점을 고려할 때, 입찰참가자격제한 처분을 받은 경우 집행정지제도는 충분히 활용할 가치가 있는 권리구제 수단이다.

· 정유철 e-mail : ycjung@yulchon.com

9) 대판 2002. 4. 26. 2000두5883

10) 2010. 4. 19. 기획재정부 회계제도과-620

11) 서울고등법원 1998. 9. 7. 선고 98루36