

기타공공기관의 부정당업자제재처분의 처분성에 관한 대법원 판결 및 이에 대한 비판적 검토



김태건 법무법인 율촌 변호사

1. 들어가며

기획재정부는 기타공공기관의 예산집행의 적정성과 계약 업무의 공정성을 제고하기 위하여, 기존에 공기업·준정부 기관에 적용되던 국가계약법령¹⁾을 기타공공기관에도 적용하기로 하였다. 이를 위하여 기획재정부는 기타공공기관에도 국가계약법령이 적용된다는 취지의 기타공공기관 계약사무 운영규정(이하 “계약사무 운영규정”)을 마련하였고, 동 운영규정에 따라 2010. 7. 1. 이후 기타공공기관과의 계약체결분부터는 국가계약법령이 적용된다.

이와 관련하여, 최근 대법원은 기타공공기관의 부정당업자제재처분을 한 경우 이는 행정처분이 아니므로 이에 대한 취소소송 등은 부적법하다는 기존 입장을 재확인 하였는바, 이러한 대법원의 기존입장이 계속 유지될 경우 기타공공기관의 부정당업자제재처분이 지정정보처리장치에 게재되었을 때 제재처분을 받은 업자가 다른 공공기관이 발주하는 각종 공공조달입찰에서 사실상의 불이익²⁾을 받을 우려가 있고, 이러한 사실상의 불이익을 받기 전에 부정당업자제재처분을 직접적으로 다룰 수 있는 길이 제한되므로, 제재처분을 받은 업자로 하여금 이를 행정처분으로 보아 사전적·직접적으로 다룰 수 있도록 하여야 한다는 의견이 있다.

1) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률과 그 시행령 및 시행규칙을 지칭함.

2) 아래에서 보는 바와 같이 기타공공기관은 부정당업자제재처분을 하면 계약사무 운영규정에 따라 이를 지정정보처리장치에 게재하게 되는데, 이로 인하여 다른 공공기관에서 위 게재를 이유로 입찰참가제한에 대하여 불이익을 줄 우려가 있고, 나아가 계약사무 운영규정 제14조 제9항에 의하여 다른 기타공공기관과 수의계약을 할 수 없는 불이익을 당할 염려가 있다.

이하에서는 계약사무 운영규정의 시행에 따라 기타공공기관의 부정당업자제재처분의 법적성격과 관련하여 행정소송법상 처분성을 부정하는 대법원 판결을 살펴보고, 나아가 이에 대한 비판적 검토를 진행하고자 한다.

2. 기타공공기관의 부정당업자제재처분에 관한 대법원의 입장

가. 기타공공기관의 부정당업자제재처분

(1) 기타공공기관

국가·지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관으로서 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 “공공기관운영법”) 제4조에서 정하는 일정한 요건을 갖추어 기획재정부장관이 공공기관으로 지정하는 기관 중, 공기업과 준정부기관을 제외한 나머지 기관이 기타공공기관에 해당한다(공공기관운영법 제5조 제4항).

한편, 계약사무 운영규정이 적용되는 기타공공기관은 직전연도 자산규모가 1,000억원 이상이고, 당해연도 예산규모가 500억원 이상인 기관으로, 한국산업은행, 중소기업은행, 한국수력원자력 주식회사, 서울대학교병원, 한전KPS 주식회사 등 총 59개 기관이다.

(2) 기타공공기관의 부정당업자제재처분

계약사무 운영규정 제14조 제1항은, “기관장은 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 우려가 있거나 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자로서 「국가

를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제76조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당되는 계약상대자 또는 입찰참가자(계약상대자 또는 입찰참가자의 대리인, 지배인, 그 밖의 사용인을 포함한다)에 대하여는 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 그 입찰참가자격을 제한하여야 한다.”고 규정하고, 같은 조 제6항은 “기관장은 입찰참가자격을 제한하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 명백히 하여 기획재정부장관이 지정·고시하는 정보처리장치(이하 “지정정보처리장치”)에 게재하여야 한다.”고 규정하여, 기타공공기관이 국가계약법령상의 부정당업자제재처분을 할 수 있는 근거 및 부정당업자제재처분을 당한 업체에 대한 정보 등을 지정정보처리장치에 게재할 수 있는 근거를 명백히 하였다.

참고로, 계약사무 운영규정이 시행(2010. 7. 1.)되기 이전에 발생한 부정당업자제재에 대해서는, 각 기타공공기관의 자체 계약규정 등이 부정당업자제재와 유사한 제도를 규정하고 있던 경우 그에 따라서 처리되고 있었다³⁾.

나. 대법원의 입장

최근 대법원은, 수도권매립지관리공사가 甲에게 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분을 하자, 甲이 제재처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 행정소송을 제기(본안사건)하면서 제재처분의 효력정지신청(신청사건)을 한 사안에서, 다음과 같이 판시하여 기타공공기관의 부정당업자제재처분은 사법상의 효력을 가지는 통지행위 불과하고 행정쟁송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 이에 대한 취소소송은 부적법하고, 따라서 이에 대한 효력정지신청 역시 부적법하는 취지의 기존 대법원의 입장(대법원 1995. 2. 28. 선고 94두36결정⁴⁾, 대법원 1999. 11. 26. 선고 99부3 결정⁵⁾ 등)을 다시 한번 확인하였다.

대법원 2010. 11. 26. 선고 2010무137 결정
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 포함시킴이 상당하다.

한편, 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 행정처분이라고 할 수 없다.

(그런데) 수도권매립지관리공사는 수도권매립지관리공사의 설립 및 운영 등에 관한 법률의 규정에 의하여 설립된 공공기관(법인)으로서 공공기관의 운영에 관한 법률 제5조 제4항에 의한 ‘기타 공공기관’에 불과하여 같은 법 제39조에 의한 입찰참가자격 제한 조치를 할 수 없을 뿐만 아니라, 재항고인의 대표자는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항에 의하여 입찰참가자격 제한 조치를 할 수 있는 ‘각 중앙관서의 장’에 해당하지 아니함이 명백하다.

따라서 수도권매립지관리공사는 행정소송법에 정한 행정청 또는 그 소속기관이거나, 그로부터 이 사건 제재처분의 권한을 위임받은 공공기관에 해당하지 아니하므로, 수도권매립지관리공사가 한 이 사건 제재처분은, 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라 단지 신청인을 재항고인이 시행하는 입찰에 참가시키지 않겠다는 뜻의 사법상의 효력을 가지는 통지행위에 불과하다 할 것이고, 따라서 재항고인이 이와 같은 통지를 하였다고 하여 신청인에게 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항에 의한 국가에서 시행하는 모든 입찰에의 참가자격을 제한하는 효력이 발생한다고 볼 수는 없으므로, 신청인이 재항고인을 상대로 하여 제기한 이 사건 효력정지 신청은 부적법하다고 할 것이다.

결국 기타공공기관의 부정당업자제재처분과 관련한 법원의 입장은, 기타공공기관은 행정처분을 할 수 있는 행정청 또는 그 소속기관이거나 그로부터 권한을 위임받은 공공기관이 아니므로, 이러한 기타공공기관의 행위가 사인(私人)의 권리를 제한하는 효과가 있다고 하더라도 이를 행정처분이라고 볼 수 없어 행정쟁송의 대상이 되지 않는다는 것으로 이해된다.

3) 기획재정부 기획조정실 규제개혁담당관 질의회신

4) 한국토지개발공사, 정부투자기관회계규칙에 근거하여 처분한 경우, 현재는 한국토지주택공사로 변경되어 공기업이 됨

5) 한국전력공사, 정부투자기관회계규칙에 근거하여 처분한 경우, 현재 공기업이 됨.

3. 비판적 검토 - 계약사무 운영규정의 도입과 기타공공기관의 부정당업자제재처분의 행정처분성

계약사무 운영규정의 도입에 따라 과거 기타공공기관의 자체 계약규정에 따라 처리해왔던 부정당업자제재처분에 관한 사무가 현재 계약사무 운영규정 제14조, 국가계약법 시행령 제76조 제1항에 따라 처리되게 되었다. 즉, 계약사무 운영규정의 도입되기 전에는 기타공공기관이 부정당업자제재처분에 대하여 이렇다 할 통일적 근거규정이 존재하지 아니하였으므로, 당해 기타공공기관의 자체 계약규정 등에 부정당업자제재처분에 관한 내용이 있는지 여부에 따라 같은 행위라 하여도 다르게 처리될 여지가 존재하였던 것이다.

그런데 위와 같은 기타공공기관에 통일적으로 적용되는 계약사무 운영규정이 도입은, 기타공공기관의 부정당업자제재처분의 행정처분성을 긍정할 만한 요소가 된다고 본다. 왜냐하면, 행정규칙이라 하여도 실질적으로 법의 규정내용을 보충하는 기능을 지니는 경우 상위법령과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 갖는다는 것이 대법원 판례의 입장인 바(대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728판결), 계약사무 운영규정의 경우에도 그 내용상 공공기관 운영법 제15조 제2항에서 말하는 기획재정부장관이 공공기관의 경영혁신을 지원하기 위하여 운영위원회의 심의·의결을 거쳐 제정한 관련 지침에 해당할 뿐만 아니라, 특히 계약사무 운영규정 제14조는 부정당업자제재처분에 대하여 국가계약법 시행령 제76조 제1항 및 국가계약법 시행규칙 제76조에 따라 처리하도록 규정하고 있으므로⁶⁾, 위 법률규정과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다고 볼 수 있고, 이러한 계약사무 운영규정에 기초한 부정당업자제재처분은 법규명령에 기초한 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 이에 준하는 행정작용(행정소송법 제2조 제1항 제1호 참조)으로 볼 수 있기 때문이다.

또한, 비록 계약사무 운영규정이 명시적으로 국가계약법령상 각 중앙관서의 장의 부정당업자제재처분 권한을 기타

공공기관의 장(기관장)에게 명시적으로 위임 또는 위탁을 한 것은 아니지만, (i) 기타공공기관의 부정당업자제재처분이라 하여도, 자산 및 예산 규모 기준으로 공공성이 큰 기타공공기관으로서 계약사무 운영규정이 적용되는 기타공공기관의 경우에는 국가, 지방자치단체나 공기업·준정부기관의 부정당업자제재처분의 경우와 다르게 취급 할 합리적인 이유가 없는 점, (ii) 기타공공기관의 부정당업자제재처분이 있는 경우 당해 기타공공기관의 기관장은 당해 업체의 명과 주소, 대표의 성명 등 업체와 관련된 정보, 입찰참가자격 제한의 기간 및 사유를 기획재정부장관이 지정·고시하는 정보처리장치에 의무적으로 게재하여야 하는데(계약사무 운영규정 제14조 제6항), 이와 같이 지정정보처리장치에 입찰참가자격 제한 사항이 게재된 자에 대해서는 이로 인하여 다른 공공기관에서 입찰참가제한에 대하여 불이익을 줄 우려가 있고, 나아가 부득이한 사유가 없으면 다른 기타공공기관 역시 수의계약 체결이 제한될 염려가 있어(계약사무 운영규정 제14조 제9항) 당해 업체가 받는 불이익이 매우 심각할 여지가 있으므로 이에 대한 효과적인 권리구제수단이 필요한 점, (iii) 나아가 앞서 본 바와 같이 행정처분으로 보는 경우에 비하여 사법상의 통지행위로 보는 경우 권리구제의 폭이 좁아질 우려가 있는 점(대법원처럼 기타공공기관의 부정당업자제재처분을 사법상의 통지행위로 보게되는 경우 사법상의 통지행위 자체가 사법구제, 즉 효력정지가처분 또는 무효확인소송의 대상이 되는지 여부가 불투명하고, 사법구제의 대상이 된다고 하더라도 행정소송에 의한 구제보다는 권리보호의 폭이 좁아질 우려(행정소송의 경우 무효 및 취소를 나누고 있고 그 효력정지의 폭도 상대적으로 넓은데 비하여, 민사소송의 경우 무효확인 밖에 구제수단이 없고 그 효력정지가처분도 상당히 엄격하게 판단하는 경향이 있으며 나아가 사적자치의 대상이 되므로 무효판단을 받기 상당히 어려울 것으로 보임)가 있음), (iv) 행정소송법 제2조 제1항 제1호가 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”을 처분 등의 개념에 포함시킨 것은 어떠한 행위가 개인의 권익에 구체적으로 영향을 미치는 작용이라면 비록 공권력행사작용으로 보기에 해석상 의문이 있는 경우라도 현실적으로 행정구제의 필요성이 있는 행정작용을 행정소송의 대상으로 하려는 취지에서 비롯된 것으로 보는 것이 타당한 점 등을 고려하면, 계약사무 운영규정에 따른 기타공공기관의 부정당업자제재처분의

6) 기존 대법원 판결들이 정부투자기관의 부정당업자제재처분의 처분성을 부정하는 논거의 하나로 부정당업자제재처분의 근거법령인 정부투자기관 관리기본법 및 정부투자기관회계규칙이 국가계약법령을 준용하는 규정을 두고 있지 않다는 점을 실시하였음.

경우에도 행정처분성을 긍정하는 것이 옳다고 본다.

4. 결어

형식논리만을 앞세운다면, 법원이 기타공공기관의 부정당업자제재처분에 대하여 행정처분성을 부정하고, 그 논리적 귀결로 효력정지(집행정지)신청 역시 부적법하다고 보는 입장을 수긍할 수 있다.

그러나 계약사무 운영규정의 도입에 따라 기타공공기관의 입장에서 당해 업자가 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제76조 제1항 각호의 어느 하나에 해당된다고 판단되면 일정한 기간의 범위 내에서 당해 업자의 입찰참가 자격을 제한하는 부정당업자제재처분을 하여야 하고, 이를 지정정보처리장치에 게재하도록 명백히 규정된 지금의 시점에 있어서도, 지나치게 형식논리만을 앞세워 그 행정처분성을 부정하는 대법원의 입장이 그대로 유지된다면 지정정보처리장치에 게재되었을 때 제재처분을 받은 업자가 다른 공공기관이 발주하는 각종 공공조달입찰에서 사실상의 불이익을 받을 우려가 있고, 이러한 사실상의 불이익을 받기 전에 부정당업자제재처분을 직접적으로 다룰 수 있는 길이 제한될 수 있으므로, 제재처분을 받은 업자로 하여금 이를 행정처분으로 보아 사전적·직접적으로 다룰 수 있도록 국민의 권리구제 관점에서 보다 적극적으로 재검토할 필요가 있다고 생각한다.

나아가 보다 근본적으로, 기타공공기관의 부정당업자제재처분의 법적 근거를 기획재정부 훈령의 형식인 계약사무 운영규정에 두어 논란의 여지를 두는 것 보다는, 공기업과 준정부기관에게 입찰참가자격 제한권한을 주고 있는 공공기관 운영법 제39조 제2항과 같이, 공공기관운영법에 별도의 규정을 두어 입법적으로 해결하는 것이 옳은 방향이라고 본다. 이러한 입법이 이루어 진다면 기타공공기관의 부정당업자제재처분의 행정처분성을 인정하기에도 훨씬 용이해질 뿐만 아니라 기타공공기관의 부정당업자제재처분에 명백한 법률적 근거를 두게 됨으로써 법률유보원칙 위반의 소지도 없앨 수 있을 것이다.