

건설조달 입찰참가제한 제도의 개선방안으로서 한국식 자율시정 제도 도입

Introduction of Korean Self-Cleaning System to Improve Restriction on Participation in Bidding in Construction Procurement

김 진 기*

Kim, Jin-Gi

신 만 중**

Shin, Man-Joong

목 차

- | | |
|-----------------------|------------------------|
| I. 개요 | IV. 입찰참가제한 제도의 몇 가지 문제 |
| II. 한국 입찰참가제한 제도의 변천사 | V. 한국적 자율시정 제도 도입 |
| III. 입찰참가제한 제도 현황 | VI. 결론 |

입찰참가제한 제도란, 정부 등이 발주하는 계약의 상대방이 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있는 행위를 한 경우에

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2020..21.169>

투고일: 2020. 6. 21. / 심사완료일: 2020. 8. 7. / 게재확정일: 2020. 8. 18.

* 광운대학교 대학원 건설법무학과 박사과정 / 법무법인 평안 변호사

Doctor's Course, Construction Legal Affairs of Graduate School, Kwangwoon University /
Partner Lawyer in Lawfirm PYEONG AN

** 광운대학교 정책법학대학 법학부 교수

Professor, Division of Law, College of Public Policy & Law, Kwangwoon University

는 해당 계약 상대방을 1월 이상 2년 이하 기간 동안 정부가 발주하는 모든 입찰에 참여할 수 없도록 하는 조치이다.

국민경제의 중요한 한 축인 기업이 입찰참가자격 제한처분을 받아 최대 2년간 정부 등이 발주하는 모든 입찰에 참여하지 못한다면 기업으로서 는 감내하기 어려운 경영상 손실을 초래하게 될 것이다. 하지만 정부로서 도 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있는 기업 과 정부조달계약을 체결할 수도 없다.

그러나 대법원 판례는 정부조달계약을 사법상계약이라고 줄곧 판단 하면서도 입찰참가제한 조치만큼은 “처분”으로 이해하는 것에는 논리적 모순을 지적하는 견해가 많다. 무엇보다 입찰참가제한 조치의 목적에 대 한 충분한 논의가 없어 구체적 처분의 가부, 필요 그리고 그 정도에 대한 기준이 충분하지 않다.

이 글에서는 I. 개요로서 입찰참가제한 제도의 국민경제적 중요성 등을 중심으로 다루고, II. 입찰참가제한 제도의 변천사를 중심으로 정리하고, III.에서는 그 법적 성격 등을 중심으로 한 입찰참가제한 제도의 현황을 살 펴보고 IV.에서는 대한민국에서 운영되고 있는 여러 입찰참가제한 제도 의 문제점과 그 체계부정함을 다루며 V.에서는 미국의 Administrative Agreements제도와 한국에서 운영되지 않고 있는 EU정부조달법과 독일 정부조달법에서 시행중인 자율시정(Self-Cleaning, Selbstreinigung) 제도 의 한국적 적용 대안(代案)으로 기업에게 소위 패자부활전의 기회를 허용 하는 한국식 자율시정제도를 제안하며 마지막 VI.에서는 입찰참가자격 제한 제도의 개선과 함께 추진되어야 할 정부조달제도의 발전방안을 제 시한다.

[주제어] 조달계약, 입찰참가제한, 입찰참가제한의 법적성격, 자율시정, 미국 식 자율시정조치, 유럽식 자율시정, 독일식 자율시정제도, 한국식 자율시정제도, 회복적 정부조달제도

I. 개요

국가는 과세권을 통하여 확보한 재정을 다양한 국가 사업에 지출한 다. 재정지출의 방법과 형식은 다양하지만 그 중에서도 보조금 지출과

정부조달은 정부지출의 핵심 수단이다. 국제무역기구(World Trade Organization, 이하에서는 “WTO”라 한다)는 보통의 국가에서 정부지출의 50%는 조달시스템을 통하여 집행되고, 그 액수는 국내총생산(GDP)의 10-15%를 차지한다고 한다.¹⁾

이러한 정부조달은 원칙적으로 입찰시스템으로 운영되는데, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률은 그에 대한 구체적 절차와 방법을 규정하고 있다. 정부조달은 크게 건설조달, 용역조달 그리고 물품조달로 구분할 수 있는데, 조달액수와 규모 등에서 건설조달의 중요성이 특히 강조된다. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률과 그 시행령 및 그 시행규칙의 개정 변천사를 보아도 주로 건설조달 분야의 규범 변경 필요성이 법규 개정을 견인하고 있다.

국민경제의 한 축인 기업으로서도 국가입찰에 참여하여 사업을 수주하는 것은 기업활동의 중요한 요소이므로 적극적으로 정부조달사업에 참여하게 된다. 그러나 일정한 경우에는 기업의 정부조달 참여 자체가 원천적으로 제한되기도 한다. 입찰참가제한 제도란, 정부 등이 발주하는 계약의 상대방이 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있는 행위를 한 경우에는 해당 계약 상대방을 1월 이상 2년 이하 기간 동안 정부가 발주하는 모든 입찰에 참여할 수 없도록 하는 조치이다.

건설기업이 입찰참가자격 제한처분을 받아 최대 2년간 정부 등이 발주하는 모든 입찰에 참여하지 못한다면 기업으로서는 감내하기 어려운 경영상 손실을 초래하게 될 것이다. 따라서 기업은 국가가 마련하고 있는 모든 구제시스템을 활용하여 입찰참가제한 조치를 회피하려는 노력을 하게 된다.

최근 입찰참가제한 조치를 우회하는 가장 유의미한 구제방법은 법원

1) WTO, <https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm>, 검색일: 2020.4.20.; 그 외 대체적 통계치에 의하더라도 건설산업은 GDP의 20%에 이르는 주요 산업이다. 해당 건설사가 건설조달 분야에서 입찰참가제한 조치를 받게 되면 민간 건설 분야에서 또 그 활동 범위와 폭은 현저히 약화될 수 밖에 없다.

을 통한 처분집행정지 가치분으로 생각된다. 그러나 이러한 집행정지 가치분의 인용율이 높아짐에 따라 발주기관은 입찰참가제한조치의 실효성확보 방법을 추가로 강구하기 위한 노력을 배가 하고 있다.²⁾ 언론 등도 그러한 발주기관의 노력에 힘을 더 하고 있다.³⁾ 그러나 이러한 노력이 어느 정도 실효를 거두자 이제 발주기관측이 오히려 산업보호를 위해 제재완화를 거론하고 있기도 하다.⁴⁾

이런 상황에서도 집행정지 가치분은 본안과 연계되어 있으므로 본안 재판으로 1년 이상 입찰참가를 제한하는 판결이 확정된다면 기업으로서 는 전혀 새로운 국면을 마주하게 된다.⁵⁾ 실무에서 뚜렷이 경험할 수 있는데, 기업은 제한 기간이 1년 미만이면 정부 회계연도 1년 원칙과 예산 배정 시기 등 여러 틈을 적절히 이용할 수 있다. 그 틈을 절묘하게 계산하여 자신의 핵심사업과 관련한 정부입찰이 주로 공고되는 시기를 피하여 입찰참가제한 조치가 집행되도록 하여 기업활동에 제약이 없도록 회피하는 것이다. 그러나 이러한 절묘한 기술도 1년 이상이면 전혀

2) 조달청, 부정당제재제도 실효성강화 방안 연구, 한국조달연구원, 2016.

3) 급기야 언론이 사법부가 업체를 비호하고 있다는 우려까지 표시하기도 하는데, 이에 대하여는 뉴스1, “불량식품 군납업체 감싸는 사법부?”, <<https://www.news1.kr/articles/644030>>, 검색일: 2020.4.24.

4) 2019년 4월 12일 조달청 보도자료에 의하면, 조달청은 부정당 업자로 입찰참가자격 제한을 받은 업체에 대한 소액 수의계약의 계약 금지기간을 1년에서 6개월로 완화하는 내용의 시설공사 계약업무 처리규정을 개정해 2019년 4월 15일부터 적용한다고 밝혔다. 또 2019년 7월 17일 방위사업청 보도자료에 의하면, 방위사업청은 방산업계의 어려운 상황을 고려하여, 부정당업자에 대한 후속 제재 중 청 소관 사항을 대폭 완화하기로 했다고 밝히고 있다; 그러나 이와 달리 건설기술진흥법 개정에 따른 기존 벌점의 누계 평균 방식에서 단순 합산 벌점제도의 시행을 예고하고 있어 엄청난 부정당제재 기업의 확대가 예상된다. 이에 대하여는, 정광복/김영덕, 건설기술진흥법상 벌점제도 개정안의 문제점 및 실효성·공정성 제고 방안, 한국건설산업연구원, 2020. 참조.

5) 실무를 해 본 사람끼리는 아는 내용이다. 기업으로서는 제한 기간이 1년 미만이면 정부 회계연도 1년 원칙과 예산 배정 시기 등 여러 틈을 적절히 이용할 수 있다. 그 틈을 절묘하게 계산하여 자신의 핵심사업과 관련한 정부입찰이 주로 공고되는 시기를 피하여 입찰참가제한 조치가 집행되도록 하여 기업활동에 제약이 없도록 회피하는 것이다. 그러나 이러한 절묘한 기술도 1년이 넘으면 전혀 가능하지 않게 된다.

가능하지 않게 된다.

또, 조달시장은 정부조달협정(Government Procurement Agreement, 이하에서는 “GPA”라 한다)으로 전세계적으로 공개되어 있다. 한국 발주기관의 한국 기업에 대한 입찰참가제한 사실은 외국정부 조달시장에서도 참가제한 사유로 작용할 가능성이 크다.⁶⁾ 대한민국의 가장 큰 시장의 하나인 미국과 유럽에서는 부정당제재 중인 한국 기업이 정부조달계약에 낙찰될 가능성은 거의 없다. 이 국면에서 왜 우리가 입찰참가제한 제도에 대한 국내적 시야를 벗어나야 하는지를 깨닫게 된다.

따라서 이 조치가 기업에게 얼마나 치명적 조치인가는 추가적 설명이 불필요하다. 당연히 국내시장에 머물지 않고 국제무대를 확보하는 기업에게는 더욱 치명적이다. 주요 장비와 핵심 인력을 보유하고 있는 건설사로서는 특별히 감내할 수 없는 상황이다.

물론 발주기관으로서도 공정한 경쟁을 하지 않거나 계약의 적정한 이행을 담보할 수 없는 업체를 구별하여 낙찰을 제한하는 것은 예산을 집행하는 조달사업의 핵심요소라는 것은 부언할 필요가 없는 중요한 문제이다.

이 글에서는 I. 개요로서 입찰참가제한 제도의 국민경제적 중요성을 중심으로 다루고, II. 입찰참가제한 제도의 변천사를 중심으로 정리하고, III.에서는 그 법적 성격 등을 중심으로 한 입찰참가제한 제도의 현황을 살펴보고 IV.에서는 대한민국에서 운영되고 있는 여러 입찰참가제한 제도의 문제점과 그 체계부정합을 다루며 V.에서는 미국의 Administrative Agreements제도와 한국에서 운영되지 않고 있는 EU정부조달법과 독일정부조달법에서 시행중인 자율시정(Self-Cleaning, Selbstreinigung) 제도의 한국적 적용 대안(代案)으로 기업에게 소위 패자부활전

6) 대한민국과 달리 외국은 적합조건과 낙찰조건을 달리 정하고 있으므로 자국에서 부정당제재를 받은 기록이 있는 기업은 적합조건을 충족하지 못하여 외국 정부입찰에 원천적으로 참여가 어려울 것이다.

의 기회를 허용하는 한국식 자율시정제도를 제안하며 마지막 VI. 에서는 입찰참가자격 제한 제도의 개선과 함께 추진되어야 할 정부조달제도의 발전방안을 보론으로 제시한다.

II. 한국 입찰참가제한 제도의 변천사

1. 입찰참가제한 제도의 연원

입찰참가제한 제도의 연원은 한국 정부조달제도 역사라는 큰 틀에서 살펴보아야 한다. 한국의 근대적 정부조달제도의 법률적 연원은 1921년 4월 7일 제정된 조선총독부 법률 제42호인 회계법 제31조에서 찾을 수 있다. 이 규정은 한국전쟁이 한창이던 1951년 9월 24일 법률 제217호 재정법 제6장 제57조에 그대로 수용되었고, 재정법의 폐지 이후 제정된 예산회계법 제70조(계약의 방법과 준칙)에 정부조달법의 법률적 근거로 승계되었다.

그 후 1997년 1월부터 WTO 정부조달협정이 발효됨에 따라 한국 정부는 정부조달시장 개방을 대비하여야 했다. 따라서 종래 예산회계법 6편 계약 분야 내용은 정부조달협정과 국제거래규범을 반영하여 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률을 제정 하고, 예산 및 재정운용 분야는 국가재정법에서 규율하게 되었다.

여기서 우리가 주목하는 입찰참가제한 제도는 1951년 제정된 재정법 시행령 제88조에 규정되어 오늘에 이르고 있다. 그 후 70여 년이 도과하였고, 국내적, 국제적 환경이 크게 변화되었음에도, 현재까지 동 제도는 제한주체, 제한기간, 제한대상, 부정당제재까지 현재의 제도와 크게 다르지 않음에 오히려 놀라울 따름이다.⁷⁾

7) 재정법시행령(제정 1951.12.1. 대통령령 제570호) 제88조

2. 입찰참가제한 제도의 변천 방향

2.1 몇 가지 이슈

변천의 방향은 크게 네 가지 측면에서 검토할 만하다.

첫째, 입찰참가제한 처분이 발주기관의 재량적 행위에서 기속행위로 변화되었다.

둘째, 입찰참가제한 처분의 법률적 근거가 대통령령에서 법률로 법규 행위형식이 상향되었다. 이러한 행위형식의 변화는 침익적 행정처분의 법률유보를 강화한 것으로 이해된다.

셋째, 전자조달 절차 시행에 따른 입찰참가제한 조치의 즉시성과 광범위한 효과에 주목하지 않을 수 없다.

넷째, 입찰참가제한 조치를 할 수 있는 기관의 지속적 확대를 꼽지 않을 수 없다.

물론 위 네 가지 사항 외에도 세부적으로 다양한 변화를 읽어낼 수 있으나 여기서는 그 범위를 한정한다.

각 중앙관서의 장은 좌의 각호의 1에 해당한다고 인정하는 자를 그 후 2년간 경쟁에 참가시키지 아니할 수 있다. 이를 대리인, 지배인 기타 사용인으로 사용하는 자에 대하여도 또한 같다.

1. 계약의 이행에 제하여 고의로 공사나 제조를 조잡히 하였거나 또는 물건의 품질수량에 관하여 부정한 행위가 있는 자
2. 경쟁에 제하여 부당하게 가격을 경상시키며 또는 경상시킬 목적으로 담합한 자
3. 경쟁참가를 방해하며 또는 경락자의 계약체결이나 이행을 방해한 자
4. 검사감독에 제하여 그 직무집행을 방해한 자
5. 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니한 자
6. 전 각호의 1에 해당하는 사실이 있는 후 2년을 경과하지 아니한 자를 계약에 제하여 대리인, 지배인 기타의 사용인으로 사용한 자

2.2 구체적 검토

2.2.1 입찰참가제한 조치의 기속행위성

재정법시행령(제정 1951.12.1. 대통령령 제570호) 제88조 “각 중앙관서의 장은 좌의 각호의 1에 해당한다고 인정하는 자를 그 후 2년간 경쟁에 참가시키지 아니할 수 있다.”고 규정하였다. 발주기관의 재량에 따라 입찰참가 제한 여부를 결정할 수 있도록 규정하고 있었다.

그러나 예산회계법시행령(일부개정 1971.12.31. 대통령령 제5928호) 제89조(부정당업자의 입찰참가 제한) 제1항은 “재무부장관은 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 6월 이상 3년 이하의 기간을 정하여 입찰에 참가하지 아니하게 하여야 한다.”고 기속행위로 변경하였다.

이렇게 기속행위로 변경된 이후 현재까지 입찰참가제한 사실을 확인한 중앙행정기관은 지속적으로 입찰참가제한 조치를 하지 않으면 안 되는 상황이 되었다. 이로써 입찰참가제한 조치와 관련한 엄청난 법률분쟁이 발생하게 되었다.

오히려 외국 사례를 살펴보면 한국의 기속행위 형식의 입찰참가제한 조치는 예외적인 형태이다. 실무례를 살펴보아도 개선의 여지가 충분히 있다.⁸⁾

2.2.2 입찰참가제한 조치의 법률행위 형식 상황

재정법 시행령이 제정된 1951년부터 1975년까지 대통령령에서 입찰참가제한을 규정하였다. 그러나 시대의 변천에 따라 국민의 권리의식 향상과 국민의 권리를 제한함에 있어서는 법률로 하여야 한다는 원칙적 규정이 보편화 되면서 예산회계법을 개정하여 처음으로 법률에서 입찰참가제한을 규정하였다.

예산회계법(일부개정 1975.12.31. 법률 제2826호) 제70조의18은 조문

8) VI항의 발전방향에서 기속적 입찰참가제한 조치에 대한 필자의 견해를 밝히겠다.

제목을 부정당업자의 입찰참가자격제한으로 하여 국회가 정한 법률에서 입찰참가제한 조치를 규정하였다. 이로써 국민의 권리 침해 등 중대한 사항의 의회유보를 수용하여 시행령이 아닌 법률로 제한 조치의 주체, 목적, 범위 등을 법률로 규정하였다.

2.2.3 전자조달 절차 확대에 따른 입찰참가제한

대한민국의 전자조달은 그 어떤 나라보다 앞서서 시행되었다. 지금은 한국의 전자조달 시스템 자체를 도입하여 시행하는 국가도 많을 정도이다.

전자조달은 2009년 8월 28일 시행된 조달사업에 관한 법률⁹⁾ 제8조 제4항에 전자조달 시스템 구축을 위한 필요한 자료 요청권을 신설하면서 가능하게 되었다.¹⁰⁾

그 후 2013년 9월 23일 전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률(이하에서는 “전자조달법”이라 한다)이 대대적으로 시행되면서 대한민국에서 시행되는 공공부문의 입찰은 거의 대부분 전자입찰이라고 말할 수 있게 되었다.

국가 종합 전자조달시스템인 나라장터와 지방자치단체는 말할 것도 없고 한국도로공사 전자조달시스템, 한국국토정보공사 전자조달시스템, 한국토지주택공사 전자조달시스템 등 대부분의 공공기관이 전자조달시스템을 개설하여 운영하고 있다.

이 시스템에는 전자입찰만 시행되는 것이 아니라 입찰참가제한 업체도 전자조달 시스템상에 게시되므로 빈틈 없는 입찰참가제한이 가능하

9) 법률 제9714호, 2009. 5. 27., 일부개정에서 신설되었고 그 내용은 “조달청장은 중앙행정기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관 등 관련 기관의 장에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가종합전자조달시스템의 구축·운영에 필요한 자료 또는 정보의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 자료 또는 정보의 제공을 요청받은 기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.”이다.

10) 이충배/박선영/김정환, “국가종합전자조달 현황과 활성화 방안에 관한 연구”, 전자무역연구 제6권 제1호, 한국전자무역연구소, 2008, 63쪽 이하 참조.

게 되었다. 과거에는 재무부장관이 입찰참가를 제한한 업체와 그 내용 등을 매월 10일까지 각 중앙관서의 장에게 통보하는 방식으로 입찰참가 제한 조치를 시행하였다. 그 후 관보에 게재하기도 하였다.

그러나 전자조달 시스템에 의한 입찰참가제한 조치의 즉시성, 광범위성, 무차별성으로 입찰참가제한 조치의 광범위한 회피 방법을 양산하게 된 측면도 있다.

2.2.4 입찰참가제한 조치 기관의 지속적 확대

1951년 재정법 시행령이 각 중앙관서장을 입찰참가제한 주체로 정한 이후 재무부장관은 예산 및 회계의 책임 중앙행정 기관장으로서 입찰참가제한 처분의 주체로 인정되었고, 기타 중앙관서의 장도 법규에 의하여 입찰참가제한 주체로 인정되었다.

지방자치법에 따라 지방자치제도가 시행되면서 지방자치단체장도 입찰참가제한 주체로 인정되었다. 그 후 국가기관의 대규모 민영화 단계를 거치면서 그 주체가 확대되었다. 또 업무의 공공성에 따라 개별법이 입찰참가제한을 규정하면서 입찰참가제한 조치 가능 기관은 지속적으로 확대되었다. 이렇게 확대되면서 국민의 입찰참가권에 대한 제한 폭과 범위 또한 확대되고 있는 것에 주목하여야 한다.

특별히 주의해야 될 사항은 공공기관의 운영에 관한 법률에 따라 기획재정부 장관의 지정에 따라 공공기관성을 보유하게 되는 기관의 입찰참가제한 조치에 대하여는 그 처분성 또는 기속재량에 대한 다양한 부정적 견해가 있다. 이러한 논의에는 입찰참가제한 제도의 체계부정합성에 근거한 것들이 다수이다. 이에 대하여는 이하 IV.절에서 구체적으로 다루겠다.

Ⅲ. 입찰참가제한 제도 현황

1. 입찰참가제한 조치 현황

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항(부정당업자의 입찰 참가자격 제한 등)은 “각 중앙관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “부정당업자”라 한다)에게는 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격을 제한하여야 하며, 그 제한사실을 즉시 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 부정당업자의 입찰 참가자격을 제한하여야 한다.”고 규정하고 있다.

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 “국가계약법”이라 한다)에 따른 소위 부정당업자의 입찰참가자격 제한제도는 동법 뿐만 아니라 방위사업법, 건설산업기본법, 전기공사업법, 정보통신공사업법, 소프트웨어산업 진흥법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 하도급거래 공정화에 관한 법률, 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률, 건설기술 진흥법, 전기공사업법, 정보통신공사업법 등에서 적용 및 준용 규정을 통하여 부정당업자 입찰참가자격 제한제도를 시행하고 있다. 국가계약법은 정부조달제도의 기본법이므로 이 규정 또한 입찰참가제한 제도의 기본 규정으로 이해된다.

그 외 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제31조, 공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항, 사회기반시설에 대한 민간투자법 제46조의 2는 개별법에 부정당업자의 입찰참가자격 제한제도를 독립적으로 운영하고 있다.

연구개발사업에 대한 참여제한은 과학기술기본법 제11조의 2를 기본법으로 하여 기초연구진흥 및 기술개발지원에 관한 법률, 산업기술혁신 촉진법, 중소기업 기술혁신 촉진법에 관련 규정을 두고 있다.

2. 입찰참가제한 조치의 법적 성격

2.1 사법행위설(私法行爲說)

현재 일반적으로 지지되고 있지는 않지만, 정부조달계약을 엄연한 사적 자치가 지배하는 사법상 계약 영역이라는 입장에서는 사법계약에서 연원하는 입찰참가제한 조치 역시 사법행위라는 것이다.

이에 의하면 입찰참가자격은 경쟁계약에서 입찰공고에 따라 청약을 할 수 있는 법적 지위를 뜻하므로 예산회계법상 입찰참가자격 제한행위란 국가에서 시행하는 모든 경쟁계약에서 입찰 즉, 청약할 수 있는 지위를 박탈하는 내용의 의사표시에 해당한다. 따라서 입찰참가 제한행위는 국가가 사인과 체결하는 예산회계법상의 계약에 관한 현상으로서 사법적 행위로 보아야 한다.¹¹⁾

대법원이 예산회계법 또는 지방재정법에 따른 계약에 관한 분쟁을 행정소송의 대상이 될 수 없다고 보는 것과 논리적 맥락을 같이 한다.¹²⁾ 한국전력공사가 정부투자기관회계규정에 의하여 행한 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자 제재처분의 법적성질을 사법상 통지행위로 본 대법원의 결정도 같은 논지이다.¹³⁾

2.2 공법행위설(公法行爲說)

대법원은 “예산회계법에 따라 체결되는 계약은 사법상의 계약이라고 할 것이고 동법 제70조의5의 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의무이행

11) 이상규, “입찰참가자격 제한행위의 법적 성질”, 행정판례연구 제1집, 한국행정판례연구회, 1992, 130쪽 이하 참조.

12) 김중권, 행정법 제3판, 법문사, 2019, 623쪽.

13) 대법원 1999. 11. 26. 선고 99부3 결정; 한국전력공사의 유사한 사례에서 판례변경절차 없이 종전 결정과 다르게 판단한 사례도 있다. 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두18964 판결 참조.

의 확보를 목적으로 하여 그 불이행시에 이를 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 사법상의 손해배상 예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위 하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수밖에 없다고 할 것이다.”라는 판결은¹⁴⁾ 국가계약이 사법행위라는 취지의 대표적인 판례로 인정되고 있다.

그러나 국가계약을 사법계약으로 파악하고 있는 대법원도 일찍부터 유독 입찰참가제한 조치만은 행정처분으로 이해하고 있다.¹⁵⁾

그와 달리 다수 학설은 대법원과 달리 국가계약을 공법상 법률관계로 보며 그에 따라 입찰참가제한 조치 또한 당연히 공법상 법률관계에서 이루어지는 행정처분으로 인정하고 있다.

2.3 평가

입찰참가제한 조치를 행정처분으로 이해하는 것이 한국의 통설이고, 판례의 입장이다. 그러나 정부조달계약의 공법관계설을 지지하는 입장에서는 정부조달법률관계의 법적 성격에 관하여 사법관계설에 근거하면서도 입찰참가자격 제한만을 공법관계로 파악하는 것에는 논리적 근거가 충분하지는 않다는 지적이 가능하다. 물론, 정부조달계약 법률관계 전반의 법적 성격을 사법관계라 하더라도 일정 조달계약 이행 중 일정 국면의 법률관계에서는 국가의 우월적 지위에서 행해지는 조치라면 그에 대하여서는 공법관계로 못 볼 것은 아니라는 견해는 충분히 정당한 것이라 볼 수 있다.¹⁶⁾

14) 대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결

15) 대법원 1999. 3. 9. 선고 98두18565 판결

16) 안철상, “공법관계와 사법관계의 구별”, 행정판례평선, 한국행정판례연구회 2011, 77 쪽 이하 참조.

그러나 최근 대한민국의 관련 법리 발전 상황을 보면 특히 국가계약법의 개정 내용 중 중재와 조정이 분쟁해결 방법으로 포함되면서 공법관계설의 일반적 입장 유지가 어려워졌다고 본다. 따라서 공법관계설의 입장에서는 입찰공모단계부터 낙찰자결정단계까지는 공법관계로 파악하고, 계약체결이후부터 그 이행까지는 사법관계로 파악하는 소위 2단계이론이 더욱 매력적인 것으로 보인다. 필자의 입장도 이와 같다. 그러나 이 글에서는 이에 대한 구체적 논의는 지양하고, 다른 글에서 충분히 의견을 밝히도록 하겠다.¹⁷⁾

IV. 입찰참가제한 제도의 몇 가지 문제

1. 체계부정합의¹⁸⁾ 근본 문제

입찰참가제한제도는 정부조달제도의 지속가능성과 규범력을 떠받치

17) 독일기본법 제3조, 독일행정법원규칙 제40조 제1항 등을 적용하여 조달과정은 공법적이고 계약체결 이후 사법절차와 분명히 구별되므로 각 단계별로 달리 판단해야 한다는 것이 소위 정부조달의 2단계 이론이다. 2007년 5월 2일 독일연방행정법원은 조달절차의 통일성 확보를 명분으로 받아들이지 않았다. 그 구체적 결정이유에 대하여는 BVerwG 6B 10.07(2. Mai 2007) 참조; 그 외 2단계 이론에 대한 상세한 내용은 김진기, “동아시아 정부조달법 발전방향 - 동아시아연합(EAU)을 염두에 두고 -”, 저스티스 통권 제158-3호, 한국법학원, 2017, 423-424 참조; 특히 중재 제도와 관련한 고찰로는 김진기, “방위사업 분쟁과 중재 제도”, 중재 2020년 봄, 여름호(통권 제353호), 대한상사중재원, 2020, 50-51쪽 참조.

18) ‘체계정당성’이란 법규범 상호간에 규범구조 및 규범내용 면에서 서로 모순되지 않아야 한다는 원칙이다. 이에 대하여는 임지봉, “법률의 체계성과 정합성 제고를 위한 입법적 과제”, 법학논총 제45집, 숭실대학교 법학연구소, 2019, 148쪽 이하 참조; 그 외 헌법재판소는 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 결정에서 체계정당성에 대해 “일정한 법률의 규범 상호간에는 그 내용과 체계에 있어서 조화를 이루고 상호 모순이 없어서 결국 모든 규정의 내용과 체계가 상호 모순과 갈등 없이 그 본래의 입법목적의 실현에 합치되고 이바지하는 것”이라고 하였다.

는 굳건한 힘이다. 입찰참가제한의 핵심 사유인 상대방의 계약불이행에 대하여 형법 제117조는 전시공수계약불이행이라는 이름으로 전쟁, 천재 기타 사변에 있어서 국가 또는 공공단체와 체결한 식량 기타 생활필수품의 공급계약을 정당한 이유없이 이행하지 아니한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있기까지 하다.

정부조달계약을 불이행을 방지하기 위해 혹은 정당한 이행을 담보하기 위하여 입찰참가제한제도를 운영하고 이러한 운영을 전시 등에 더욱 담보하기 위하여 형벌법규까지 동원하고 있다.

군수품과 관련한 전시군수계약불이행에 대하여도 형법 제103조 제1항에서 전쟁 또는 사변에 있어서 정당한 이유없이 정부에 대한 군수품 또는 군용공작물에 관한 계약을 이행하지 아니한 자는 10년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다.

그 외 우리 형법은 세계적으로 유래 없이 공적 입찰은 말할 것도 없고 사적 입찰까지 그 공정을 해한 자를 형벌법규로 처벌하는 규정을 보유하고 있다.¹⁹⁾

결국 대한민국의 정부조달계약은 외국 입법례에서 찾아볼 수 없는 형법에 의하여 보호되는 절차임에도 그 법적 성격을 사적 자치가 허용되는 사법상계약이라는 법률적 확정 편향이 관련 법체계의 체계부정합을 야기하고 있다.²⁰⁾

다시 원점에서 돌아보면, 정부조달계약의 법적 성격을 어떻게 규정하고 어떤 법적 지위를 부여할 것인가에 대한 충분한 논의가 부족한 데서

19) 형법 제315조는 위계 또는 위력 기타 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해한 자는 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

20) 공법과 사법의 구별에 관한 다양한 학설이 존재하나, 기본적으로는 공익에 봉사하는 법이 공법이고 개인간의 사적 자치의 기준을 제시하는 법이 사법이라고 일응 정의해 볼 수 있을 것이다. 정부조달을 사법관계로 보는 관점에서 정부조달절차는 그야말로 주로 절차를 규정하는 것이고, 그 절차를 사적 자치에 따라 달리 정할 수 있다면 그 절차를 위반하였다고 형법으로 규율하는 것은 공사법을 구별하여 적용하는 기본적 법률설계에는 맞지 않다는 의미임을 밝혀둔다.

체계부정합은 초래된다. 그러한 논의가 부족함에도 입찰참가제한 조치의 필요성이 있어 조치를 취했으나 법원이 회고적으로 사건을 심판하면서 입찰참가제한 조치의 부당성에 주목하여 취소하는 구체적 타당성을 중시하는 재판 관행이 더욱 혼란스러운 상황을 연출하고 있다.

이제 정부조달법규는 법원에 의하여 행정기관 내부적 효력만을 보유했던 것으로 선언되어 오토마이어식 법규창조력도 인정받지 못하고 있는 실정이다. 국회가 제정한 법률임에도 법으로 인정받지 못하고 있는 것이다. 그런 와중에도 국가계약법 시행령은 관련법령의 개정에 따른 것도 있지만 2개월에 1번꼴로 개정되고 있는 이 상황은 어떻게 이해해야 하는가? 법치주의의 발버둥으로 간주하고 보고만 있는 것이 옳은 것이란 말인가?

이러한 상황에서 최근 개별 정부조달 법률관계에서 법원마저 공법상 법률관계로 전향적 인식 전환을 하고 있음에 유의하여야 한다. 최근 판례에서 국가연구개발 조달계약, 민간투자법상 조달계약은 사법상 법률관계가 아님을 명확히 밝히고 공법상 법률관계로 파악하고 있다. 그러나 이러한 상황이 전체 정부조달 법률관계를 더욱 혼란스럽게 할 수 있으므로 이에 대한 명확한 분석이 필요하다.

2. 입찰참가제한 행위주체의 체계부정합

2.1 사례와 일반적 평가

종래 조달청에 요청조달계약의 경우 입찰참가제한 처분의 주체가 누구인가에 대한 논의가 주로 다루어졌으나 현재는 입법적으로 해소되어 요청기관의 장도 조달청장도 그에 상응하는 입찰참가자격 제한 조치를 취할 수 있게 되었다.

하지만, 기타 공공기관장이 조달청장에게 요청한 조달계약에서 공공

기관의 운영에 관한 법률(이하 “공공기관운영법”이라 한다)에서 공기업·준정부기관과 달리 기타 공공기관장에게는 입찰참가제한 처분권이 없다. 따라서 요청조달관계에서 조달청장 또한 입찰참가자격제한 처분의 수권 근거가 법률에 없다고 밖에 볼 수 없으므로 기타 공공기관으로부터 요청 받은 조달계약에서는 입찰참가제한 조치가 가능하지 않다는 것이 판례의 입장이다.²¹⁾

위 판결에 대한 여러 평석에서 공공기관의 운영에 관한 법률의 적용을 받는 기타공공기관의 조달요청에 따라 행한 요청조달계약의 경우 ‘제3자를 위한 사법상 계약의 성격을 지닌 조달계약에 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률이 적용되지만’, 공법 성격을 지닌 입찰참가자격 제한 조치에 대해 조달청장이 권한을 행사하기 위해 별도의 권한 위임·위탁 규정이 필요하다는 법률유보 원칙을 명백히 한 것을 높이 평가하고 있다.

그와 같은 규정이 없기 때문에 조달청장의 입찰참가자격 제한 조치권 행사가 위법하고, 기타공공기관이 공공기관의 운영에 관한 법률에 따라 단지 통지행위에 해당되는 입찰참가자격제한 조치를 해야 한다는 것이다.²²⁾

2.2 분석

위 판례에 대한 일반의 우호적 평가와 달리 필자로서는 심각한 문제를 지적하지 않을 수 없다. 국가계약법의 적용범위와 관련하여 한국은 국가가 당사자로 되는 계약에 국가계약법이 적용된다는 형식주의(계약

21) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014두14389 판결

22) 정영철, “요청조달계약에서의 부정당업자 입찰참가자격제한 처분권한의 귀속주체- 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014두14389 판결을 중심으로 -”, 법학논집 제22권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2018, 135쪽 이하; 정승운, “요청조달계약에 따른 입찰참가자격제한 조치의 법적 제문제에 관하여- 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014두14389 판결 -”, 법학연구 제59권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2018, 105쪽 이하.

일방 당사자의 국가기관 여부)에 입각하고 있다.²³⁾

계약의 당사자는 조달청, 요청기관은 부산대학교 병원이고 그 상대방은 민간기업이다. 판례는 국가계약법관계를 사법상 계약관계라고 보면서도 입찰참가제한 만큼은 그 공익적 성격이 지대하고 개인에 대한 법익 침해가 심대하므로 고권적 성격을 보유했다고 판단한다. 따라서 행정소송의 대상이 되는 행정처분성을 인정하고 있다. 그런데, 갑자기 중앙행정기관인 조달청과 체결한 계약을 실질적으로 파악하여 행정처분이 아니라고 하는 것은 이해하기 어렵다.²⁴⁾

무엇보다 입찰참가제한은 계약의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행이 그 실질적 기준이므로 그러한 기준에 부합하지 않는 국가계약은 계약당사자가 국가 혹은 공공기관임을 기준으로 적용법규를 구별하는 형식설 - 즉, 조달청이라는 중앙행정기관과 체결 - 에 입각하였다면 오

23) 예컨대, 유아교육법 제7조 제3호에 따른 법인 또는 사인이 설립·경영하는 사립유치원도 조달사업 수요기관 지정에 관한 고시에 의하여 조달사업에 관한 법률에서 정한 수요기관이다. 따라서 위 유치원의 요청조달 사항에 대하여는 국가, 지방자치단체 혹은 공공기관운영법상 공공기관이 아님에도 조달사업법에 따라 조달청장이 계약당사자가 되어 국가계약법을 적용하여 계약을 체결한다. 사립유치원을 위한 조달은 국가 임무 수행을 위한 재화와 용역의 조달이라는 정부조달에 해당하지 않는다. 그러므로 이러한 차이에 근거하여 국가계약법 적용과 관련한 형식설과 실질설로 구별할 수 있을 것이다.; 여기서 형식설과 실질설에 대한 개념 규정이 필요해 보인다. 필자는 다음과 같이 구분하고자 한다. 형식설은 국가, 자치단체 등이 계약당사자가 되기만 하면 국가계약법, 지방계약법 등이 적용된다는 것이고, 실질설은 계약당사자가 국가, 자치단체 등은 아니지만 계약에 이르는 자금의 성격이 국가재정법 등에 의해 규율되는 정부 자금이 일정부분 이상 투입된 계약의 경우에는 국가계약법 등이 적용된다는 것이다.

24) 계약상대자는 조달청과 계약하였고, 그에 따라 계약이행을 하지 못하였으면 입찰참가제한 처분이 집행되는 것이 국민 법감정에도 맞는 것이다. 단순한 위임위탁 법리로 입찰참가제한 처분을 회피하는 것은 정부조달법의 규범성을 현저히 몰각시키게 하는 해석이다. 즉, 부산대학교 병원과 계약체결한 것이 아니고 조달청과 계약체결 하였다면 국가계약법이 적용되어 계약상대방의 계약위반 등에 대하여 부정당제재 등을 시행할 수 있도록 하여야 정부조달법규의 기본법으로서 국가계약법의 규범성을 확보할 수 있을 것이다.

히려 입찰참가제한 할 수 있다고 해석하는 것이 논리적이고 체계적이라고 판단된다.²⁵⁾

최근 대한민국은 코로나19 여파로 마스크대란을 겪었다. 이를 타개하기 위하여 정부는 소위 “공적 마스크”제도를 시행하였다. 공적 마스크 조달과 판매 절차를 살펴 보아도 대법원 판례에 따르면 조달청의 입찰참가제한은 용이하지 않다. 물론 그 형식은 다수공급자 조달계약처럼 보이므로 국가계약법의 적용대상인 것으로 혼동된다. 그러나 공적마스크 조달 형식으로 국가 및 공공기관의 수요에 필요하였던 마스크를 구매할 것을 제외하고 약국 등 공적판매처로 이전된 소위 공적마스크는 현행 대한민국 정부조달법의 적용대상은 아니다.²⁶⁾ 따라서 조달청이 계약한 마스크 제조업체가 그 계약을 이행하지 않거나 부당하게 이행한 경우에는 - 위 부산대학교병원의 사례처럼 - 입찰참가제한 조치를 취할 수 없다는 결론에 이르게 된다.²⁷⁾ 이러한 사항에 대한 법적 보완이 필요하다.²⁸⁾

결국 위 사례에서 실질설 즉, 국가의 예산이 일정 정도 이상 투입된

25) 이에 대하여는 이상덕, “지방계약과 판례법- 사법상 계약, 공법상 계약, 처분의 구별을 중심으로 -”, 홍익법학 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 1쪽 이하 참조; 그 외 정부조달계약의 공법적 성격을 강조한 논문으로는 김진기, “공법상 법률관계로서 정부조달계약”, 법률신문, 2018. 1. 4. 참조.

26) 그럼에도 불구하고 조달청이 계약당사자가 되어 정부조달계약의 형식을 취하였다면 국가계약법이 적용되고 입찰참가제한 조치가 가능하다고 해야 공적마스크 수급에 적합한 조달 생태계로 볼 수 있다. 전시에 준하는 상황에 직면했다고 하면서 그에 부합하는 조달 법규의 미비로 조달행정 작용이 곤란하게 될 수 있었다.

27) 마스크 수급량의 대란을 넘어 그 품질마저 기준에 못미치는 불량 마스크를 공급하였다면 이번 마스크 대란 사태에서 정부는 엄청난 국민적 불신과 저항을 맞이하게 되었을 것이다.

28) 이러한 문제를 타개하기 위한 구체적 보완책의 하나로 Concession을 정부조달계약의 일반적 범주로 포함시키는 것이 시급하다. 이번 마스크 대란 사태에서 각 지역 약사회 등과 양허조달계약(Concession)을 체결하고, 조달청을 통한 제3자를 위한 계약 형식으로 계약한다면 정부조달의 범리를 빈틈없이 적용할 수 있다; Concession 법리와 수용 필요성에 대하여는 김진기, “동아시아 정부조달법 발전방향”, 저스티스 통권 제170-3호, 한국법학원, 2019, 441-444쪽 참조.

사업 혹은 그 수행기관의 조달계약에는 국가계약법이 적용된다는 견해를 따른다면 혼란스럽지 않게 문제를 해결할 수 있다. 이에 따르면 당연히 입찰참가제한 조치를 취할 수 있다.

3. 입찰참가제한 행위기속의 체계부정합

3.1 입찰참가제한 행위의 기속 혹은 재량행위 구별 기준

입찰참가제한 조치의 주체가 입찰참가제한 조치를 함에 있어서 재량을 행사할 수도 있고 재량 없이 기속적으로 입찰참가제한 조치를 해야 하는 것에 대한 어떤 합리적 기준도 찾을 수 없다. 단지, 법률에 어떻게 표현되어 있는지에 따라 기속행위 혹은 재량행위로 구별될 뿐이다.

문제는 국가계약법도 제정초부터 상당기간 입찰참가제한 행위를 재량행위로 운영하였음에 주목하여야 한다. 현재의 국가계약법 및 지방계약법에 따른 입찰참가제한 조치가 왜 기속행위인지, 공공기관 운영법에 따른 입찰참가제한 조치는 왜 재량행위인지, 사회기반시설에 대한 민간투자법에 따른 입찰참가제한 조치는 왜 기속행위인지에 대하여 명확한 기준이 없다. 또 연구개발사업에 대한 참여제한에 대하여 과학기술기본법에 따른 입찰참가제한 조치는 재량행위로 규정되어 있다.

3.2 규정 방법 개선

이러한 상황이라면, 모든 입찰참가제한 조치를 재량행위로 하고 반드시 기속적으로 입찰참가제한 조치를 하여야 할 사항에 대하여만 예외적으로 기속행위로 정하는 것이 합리적으로 보인다.²⁹⁾

29) 미국 FAR, EU 및 독일 정부조달법도 입찰참가제한 조치를 모두 재량행위로 규정하고 있다.

이러한 제언은 지극히 실사구시에 근거한다. 정부조달계약의 규범력을 제고하고, 계약이행을 담보하기 위하여 부정당제한 사유 발생을 근거로 반드시 입찰참가제한조치를 하도록 한 것은 부정당업체의 발본색원하는 강력한 조치인 것처럼 보이나 실무를 살펴보면 오히려 대단히 행정 편의주의적이고 무책임한 조치이다.

이것은 애초에 계약의 성격상 일반경쟁을 할 수 없는 계약임에도 계약담당 공무원의 위법부재 알리바이를 형성하기 위하여 만연히 일반경쟁 방법으로 조달계약을 설계하는 것과 유사하다고 말할 수 있다.

결국, 일단 부정당제재 조치를 취하기만 하면 담당 공무원의 역할을 다 한 것이고 그 후 계약상대방이 법원을 통하여 집행정지를 받건 취소판결을 받건 해당 공무원에게는 무관한 것이라는 공무원 사회의 무사안일을 지적하지 않을 수 없다. 현재와 같은 기속행위로 규정하는 경우에는 실질적 법치주의의 실현을 기대하기는 지난하다.

계약상대방의 법률비용은 말할 것도 없고 원활한 계약이행 그리고 책임행정을 위해서도 입찰참가제한 조치를 재량행위로 하면 족하다. 물론 반드시 필요한 경우에는 강력한 입찰참가제한 조치를 취하여 당해 조달시장에 실질적 배제를 통하여 입찰참여제한 제도의 설치 목적을 구현할 수 있도록 할 필요가 있다.

V. 한국적 자율시정 제도 도입

1. 인식 전환의 필요성

한국의 입찰참가제한 제도의 발전은 형법의 각종 도그마와 실무례를 벤치마킹 하는 것에 연원하고 있다고 해도 틀린 말은 아니다. 재범, 누범의 가중 사유를 적용하고, 초범인 경우에는 과징금으로 페널티의 종류를

변경할 수도 있다. 결국 행정벌처럼 운영하고 있는 것이다. 최근 행정형벌 분야의 발전에 따라 입찰참가제한 제도의 변화하기도 했다.

그러나 입찰참가제한 조치가 행정벌인가를 검토해 보면 뭔가 진행 방향이 한참 잘못 되어 가고 있다는 것을 금방 깨우칠 수 있다. 이제 새로운 방향으로 변해 나가야 한다. 그 변화의 단초를 미국의 Administrative Agreements제도와 EU정부조달법에서 발견한다. 이하에서는 그 중에서 EU정부조달법의 자율시정제도(Self-Cleaning)를 한국식으로 변형할 것을 제안해 본다.

2. EU정부조달법상 자율시정제도(Self-Cleaning)

유럽 정부조달 분야는 혁명적 변화를 진행하고 있다. 2014년 2월 EU가 제정한 소위 정부조달 3종 지침의 EU회원국 국내법 수용 기한이 2016년 4월 18일 도래하였다. 이로써 모든 EU회원국은 지침에 따라 EU가 정한 일정액 이상의 계약에 대한 국내 정부조달법을 개정하여야 하고 EU경제치 이하의 계약도 원칙적으로 EU지침에 부합하도록 운용하여야 할 의무를 부담하게 되었다.

이번 개정에서 입찰참가제한과 관련하여 특기할 사항으로는 이번 개정에서 입찰 참가자가 본인의 입찰참가 배제사유에도 불구하고 입찰에 참가할 정도로 충분한 신뢰성을 증명하는 조치를 입증하는 경우에는 발주기관이 해당 업체를 입찰참가에서 배제하지 아니하고 입찰에 참여하도록 하는 셀프클리닝제도를 규정하였다.³⁰⁾

EU정부조달지침(Directive 2014/24/EU) 제57조 제6항은 입찰참가자격과 관련하여 기존에 입찰참가자격이 부인되던 업체라도 EU지침이 정하는 입찰적합 증명을 통하여 입찰절차에서 배제되지 않도록 하는

30) EU와 그 회원국의 과감한 정부조달법 개혁 상황에 대하여는, 김진기, “EU 및 독일 정부조달법 개혁”, 법률신문, 2016.07.11. 참조.

소위 자율시정(Self-Cleaning)제도를 마련하였다. 따라서 뇌물범죄 등 각종 형사범죄, 불법취업방지법, 근로자파견법, 최저임금법 등의 사회법규 위반 등 EU정부조달지침 제57조의 각종 발주차단 상황에서 제57조 제6항에서 제시하는 소위 “3C”를 시행한 증명을 제출하면 해당 기업은 다시 신뢰를 회복하고 입찰절차에 참여할 수 있도록 하는 제도이다.

3C는 *compensation*(보상), *cooperation*(협력), *consequence*(예방조치)를 뜻한다. 즉, 먼저 기업이 형사범죄 혹은 과실행위로 야기된 손해를 보상하고, 조사기관 등과 적극적 협력을 통하여 형사범죄, 과실행위 및 이를 통해 야기된 손해 등의 사실관계를 포괄적으로 인정하고, 향후 유사한 형사범죄와 과실행위를 방지하기 위한 적절한 조치 시행하는 것을 말한다.

EU정부조달제도에서 비례원칙 등을 근거로 발주배제의 제한에 대한 논의와 실무례가 없지 않았으나 이번 지침 개정으로 말끔히 입법불비 문제를 해소하였고, 회원국의 실무례도 바로 개선할 수 있게 되었다.

3. 한국식 자율시정(Self-Cleaning)제도

한국은 지속적으로 입찰참가자격 제한 처분기관을 확대하였다. 그에 따라 제재처분의 대상 업체는 현저히 증가하는 추세임은 분명하다. 어떤 경우에는 공공기관운영법의 적용대상 기관이 아님에도 공공기관 운영법에 따라 부정당제재를 시행하기도 한다. 그 방법도 종래 통보 또는 관보 게재의 방법을 사용하다가 2010년 이후에는 조달청이 운영하는 전자조달시스템에서 자동으로 입찰이 제한되는 시스템으로 발전하였다.

이런 경향은 공공입찰의 부정과 비리가 지속적으로 드러난 것은 물론이고 이를 원인으로 하는 대형 공사의 부실이 현실적 문제가 되었고 이런 현실을 타개하는 방법으로 제재의 강화, 처벌의 강화가 우선적으로 고려되었기 때문이라고 생각된다. 이런 경향이 공공조달 생태계에 긍정

적 영향도 주었다는 데에 동의한다.

그러나 좀 더 다른 견해도 제시하고자 한다. 제재대상과 범위 그리고 그 제재내용의 강화가 유일한 해결책이 아닐 것이다. 유럽의 셀프클리닝 제도를 한국식 제도로 잘 수용하면 한국의 많은 문제를 해결할 수 있는 좋은 모멘텀이 될 수 있을 것이다. 무엇보다 이런 시도는 한국이 글로벌 정부조달시장에서 우월적 입장을 견지하는 데도 도움이 된다.

한국식 셀프클리닝 제도 구상은 서구 형사법 역사에서 형벌의 목적이 응보이기만 하였다가 교육이라는 어젠다가 도입되면서 형사법의 일대 변혁이 이루어진 것과 다르지 않을 것이다. 즉, 일정 기업에게 부과된 최대 2년의 입찰참가 제한 처분은 해당 기업에게는 최소한 공공조달 분야에서는 사망선고이다. 즉, 다시는 공공조달 분야에 얼씬거리지 말라는 최고의 제재이다. 물론 그럴 필요성이 있는 기업도 있을 수 있다.

하지만 셀프클리닝 제도로써 패자부활전 기능의 준법경영(Compliance)을 마련해보자.³¹⁾ 이런 생각은 어떤 기업이라도 애정을 가지고 보면 국가와 사회에 기여하는 측면이 없지 않으므로 끝까지 애정을 포기하지 말자는 사고가 전제되어야 한다. 그리고 한 개 기업이라도 더 참여하여 경쟁하면 정부조달의 목적에 좀 더 기여하는 조달 생태계를 만들 수 있다는 명확한 목적의식의 반영이기도 하다.

한국에서도 꽤 오래 전부터 입찰참가제한 처분심사 과정에서 업체의 위법행위 자진 신고 등에 대한 리니언시(Leniency)를 고려해야 한다는 견해가 없지는 않았다. 그러나 기업이나 국가(발주기관) 모두 과거지향 이 아닌 장래를 고려한 셀프클리닝 노력을 반영하는 방법에 대한 논의는 없었다.

즉, 기업이 자신의 죄과에 대한 피해배상을 하고, 잘못에 대한 조사에

31) 삼성의 준법경영 강화도 같은 맥락이다. 이에 대하여는 아주경제, “삼성 준법위, 한국형 컴플라이언스 초석돼야”, <<https://www.ajunews.com/view/20200218170325285>>, 검색일: 2020.3.20. 참조.

협력하고 재발방지조치를 취하여 새로운 기업으로 재기하고자 하는 광범위한 소위 ‘패자부활전(敗者復活戰) 기능의 준법경영(Compliance)’에 대한 고려는 전혀 가능하지 못한 상황이다. 언제까지 과거 지향적으로 제도를 운영할 것인가? 이제 눈을 미래로 돌려 한 개 기업이라도 조달절차에 더 참여하도록 해야 경쟁은 강화되고 경제성은 확보된다. 이를 통해 정부조달법의 목적을 달성할 가능성을 높일 수 있다.

이를 위해서 입찰참가 제한조치의 진행방법이 달라져야 한다. 입찰참가제한 처분 사유에 해당 의혹을 받는 기업은 의혹을 해명하기 위하여 종래와 같이 해당 관청에서 시행하는 계약심의회 등의 절차에서 충분히 소명하여 그 의혹을 해소하는 과정을 거치면 될 것이다.

이제 또 한 가지 트랙이 존재한다. 입찰참가제한 처분 사유에 해당 의혹을 받는 기업은 자체 조사를 통해 기업의 잘못을 발견한다. 해당 관청이 시행하는 계약심의회에 자신을 소명하는 대신 자율시정조치 이행계획을 제출한다. 현행 법률에 따르면 입찰참가제한 사유를 발견한 발주기관은 즉시 입찰참가 제한처분을 행하도록 되어 있기 때문에 자율시정 이행계획의 실행가능성을 계약심의회에 제출하여 이의 승인여부를 결정하고, 계약심의회에서는 입찰참가제한 처분 절차의 보류를 결정하도록 한다.

계약심의회는 자율시정 이행계획 승인 후, 해당 기업은 자율시정의 3대 요소를 실행한다. 우선적으로 기업의 잘못으로 인한 피해에 대하여 배상 혹은 보상을 충분히 해야 할 것이다. 한국에서 일반적으로 수용되지 않은 징벌적 배상의 취지를 담은 배상이 된다면 더할 나위 없다. 병행하여 기업의 잘못에 대한 적극적인 조사 협력이다. 모든 용서는 진실을 필요로 한다. 기업의 솔직한 잘못 인정이 없다면 이 제도는 모래위에 성을 쌓는 것에 불과할 것이다. 마지막으로 기업의 재발방지 조치이다. 이 부분이 가장 중요할 것이다. 이를 통해 기업은 체질개선이 가능하다. 대체로 준법경영 체제의 강화가 현실적으로 제시될 것이다.

기업은 이렇게 충분한 자율시정 조치를 시행하고, 정부 혹은 비영리 전문기관인 일정 기관을 통하여 이를 심사받도록 한다. 위 기관이 작성한 심사보고서를 보류된 계약심의회에 제출하게 하고 이에 따라 재개된 계약심의회는 해당 업체에 대하여 그 제한 기간을 적절히 감경 혹은 감면하도록 하는 것이 한국식 자율시정 제도의 대강이 되어도 좋겠다.

물론 이런 취지를 반영한 다양한 논의를 받아들여 새로운 제도를 설계할 수 있을 것이다. 현재로서는 이러한 중간장치가 없으므로 기업은 사활을 걸고 법원이나 관련기관을 통해 입찰참가제한을 여하히 회피하려는 노력만을 하게 된다. 입찰참가제한 2년에 해당될만한 입찰참가제한 사항에 당면한 기업에게 또 다른 길을 제공하는 것에 대한 전향적 자세를 가져 보길 바란다.

대한민국 전체에 빠져 있는 “한 번 잘못하면... 끝”이라는 인식에서 벗어나 패자부활전을 공식적으로 인정해 주는 것이다. 자연인이든 기업 이든 한 순간의 실수는 있을 수 있고, 어떤 경우에는 불가피하게 잘못할 수 있다는 것에 대한 톨로란스(Tolerance), 정부조달 분야에서 시작해 보기 바란다.

이를 구현하기 위해 일부 법령의 개정이 필요하고 좀 더 정치한 과정이 필요하다. 이에 대하여는 차후 연구결과로 제시하겠다.

VI. 토론

이상에서 입찰참가자격 제한 제도를 개괄적으로 살펴보았다. 이와 병행하여 검토하여야 할 몇 가지 사항을 토론으로 제시한다.

입찰참가제한 사유가 뇌물 등 형사법적 문제와 관련된 경우 사법절차의 어느 단계에서 입찰참가제한을 하는 것이 맞는지에 대한 고민이 작지 않다. 대체로 검찰기소를 기준으로 하는 경우가 많은 것 같다. 그러나

입찰참가제한 제도에 대한 우리의 인식의 방향을 좀 더 원칙적으로 해 볼 필요가 있다. 검찰의 기소는 법원에서 상당할 정도로 받아들여지지 않는 것을 충분히 경험했다³²⁾ 이제 무죄추정의 원칙을 철저히 준수하여 형사법적 문제로 입찰참가를 제한 하는 경우에는 법원의 확정판결을 기준으로 하는 것이 옳다. 이것이 글로벌스탠다드이기도 하다.

물론 판결이 확정되려면 수년이 경과하기도 하고, 행정 처분과 형사 처벌은 각기 다른 입법 목적을 가지며 별도로 운영, 관리 되므로 행정처분은 검찰의 기소만으로도 가능해야 한다고 할 수도 있다. 그리고 오히려 이러한 처사가 입찰참가 제한이 명백함에도 수 년 간 조치를 취하지 않고 방치한다면 전체 정부조달절차의 공정성을 해치는 결과를 초래할 수 있다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 이런 경우 실무상, 해당 기관은 입찰참가제한 조치 대상 기업에 대하여 기관 자체의 독자적 입찰참가제한을 할 수 있다고 본다. 오히려 예컨대 1994년 시공사인 D건설이 부실공사로 발생한 성수대교 붕괴사고 같은 경우, 붕괴사건 수사결과 관련자들의 기소시점부터 최고 입찰참가제한 기간인 2년 후인 1996년부터는 서울시 발주공사에 발주할 수 있도록 하는 것은 서울시민의 감정을 전혀 고려하지 못하는 것이기도 하고, 서울시의 입장에서는 제대로 된 제재도 아닐 수 있다. 한편 시공사인 D건설로서는 성수대교 부실공사의 책임을 느끼고 다른 정부건설공사에서 종전보다 훨씬 책임시공을 할 수도 있다고 본다. 하지만 서울시로서는 법률이 정한 입찰제한 기간 2년 후에는 모든 것을 잊고 다른 업체와 동일하게 대우해 주는 것도 어색해 보인다.

위의 실무상 논의보다 사실은 무엇보다, 헌법상 무죄추정의 원칙이 왜 입찰참가제한 조치에 적용되지 않는가에 대한 원칙적 의문에 답해야 할 때이다.

형법 제117조의 개정이 필요하다. 현재는 “전쟁, 천재 기타 사변에

32) 특히 최근 방위사업 비리 수사팀의 수사와 재판 결과를 비교한 한국방위산업학회, 방위사업 비리 관련 처벌현황 진단 및 분석연구, 방위산업 학술 보고서(2018. 9) 참조

있어서 국가 또는 공공단체와 체결한 식량 기타 생활필수품의 공급계약을 정당한 이유없이 이행하지 아니한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.”고 하고 있다. 테러방지법, 감염병예방법, 통합방위법, 재난방지법이 정하는 각 분야 국가적 위기는 해당 분야의 위기로 치부할 수 있는 것이 아니다. 적의 침투 및 그 위협에 대비하는 통합방위사태만 국가안보 위기가 아니다. 이제는 포괄안보 개념에 입각한 위기 예방 및 대응이 필요하다. 그러므로 전시법 시행으로 사실상 적용 가능성이 없어 보이는 형법 제117조를 개정하여 국가위기사정부조달계약의 이행을 제고할 필요가 있다. 미국이 1951년 한국전쟁 때 입법한 국방조달법(Defense Procurement Act)을 이번 코로나 사태에 대응하기 위해 꺼내 드는 것을 보고 미국은 위기에 준비된 나라라는 생각을 했다.³³⁾

한국이 감염병예방법과 물가안정법만으로 코로나 사태에 대응하는 것은 코로나 사태가 진정된 이후 많은 법률적 쟁송이 벌어질 가능성을 염려하지 않을 수 없다.

코로나 사태와 마스크 대란으로 지칭되는 팬데믹 상황에서 대규모 계약불이행 사태가 예상된다. 사정변경 법리를 적극 원용하여 가급적 계약이행이 가능하도록 미리 협의를 진행하는 것이 필요해 보인다.

건설공사간 별점합산 방법을 변경함으로써 많은 건설회사가 입찰참가제한의 위기에 직면해 있다. 별점 제도는 진정한 행정벌 부과 제도이다. 행정벌은 그 절차대로 부과하여야 하고 중요한 변경시에는 경과조치를 두어 수범자들의 수범가능성을 제고하여야 한다.

이제 국가와 공공기관은 왜 입찰참가제한 제도를 운영하는가에 대한 근본적 질문을 스스로 해 보아야 한다.

33) 지도자의 리더십 운용이 그러한 준비에도 불구하고 좋은 성과를 내지 못하는 것 또한 좋은 반면교사이다.

참고문헌

1. 단행본

김중권, 행정법 제3판, 법문사, 2019.

2. 학술지

김진기, “동아시아 정부조달법 발전방향”, 저스티스 통권 제170-3호, 한국법학원, 2019, 396-463쪽.

_____, “방위사업 분쟁과 중재 제도”, 중재 2020년 봄, 여름호(통권 제353호), 대한상사중재원, 2020, 40-55쪽.

안철상, “공법관계와 사법관계의 구별”, 행정판례평선, 한국행정판례연구회, 2011, 77-85쪽.

이상규, “입찰참가자격 제한행위의 법적 성질”, 행정판례연구 제1집, 한국행정판례연구회, 1992, 127-132쪽.

이상덕, “지방계약과 판례법- 사법상 계약, 공법상 계약, 처분의 구별을 중심으로 -”, 홍익법학 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 1-45쪽.

이충배/박선영/김정환, “국가종합전자조달 현황과 활성화 방안에 관한 연구”, 전자무역연구 제6권 제1호, 한국전자무역연구소, 2008, 63-81쪽.

임지봉, “법률의 체계성과 정합성 제고를 위한 입법적 과제”, 법학논총 제45집, 숭실대학교 법학연구소, 2019, 147-172쪽.

정승윤, “요청조달계약에 따른 입찰참가자격제한 조치의 법적 제문제에 관하여- 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014두14389 판결 -”, 법학연구 제59권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2018, 105-137쪽.

정영철, “요청조달계약에서의 부정당업자 입찰참가자격제한 처분권한의 귀속주체- 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014두14389 판결을 중심으로 -”, 법학논집 제22권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2018, 135-161쪽.

3. 기타

김진기, “EU 및 독일 정부조달법 개혁”, 법률신문, 2016. 7. 11.
_____, “공법상 법률관계로서 정부조달계약”, 법률신문, 2018. 1. 4.

정광복/김영덕, 건설기술진흥법상 벌점제도 개정안의 문제점 및 실효성 ·
공정성 제고 방안, 한국건설산업연구원, 2020.
조달청, 부정당제재제도 실효성강화 방안 연구, 한국조달연구원, 2016.
한국방위산업학회, 방위사업 비리 관련 처벌현황 진단 및 분석연구, 방
위산업 학술 보고서, 2018.

대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결
대법원 1999. 3. 9. 선고 98두18565 판결
대법원 1999. 11. 26. 선고 99부3 결정
대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두18964 판결
대법원 2017. 6. 29. 선고 2014두14389 판결
헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 결정

https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm(2020. 4. 20. 방문)

[Abstract]

Introduction of Korean Self-Cleaning System to Improve Restriction on Participation in Bidding in Construction Procurement

Kim, Jin-Gi*

Shin, Man-Joong**

Restriction on qualification for participation in tendering procedures means a measure that prohibits a party to a government procurement contract who engages in conduct that interferes with fair competition or fair execution of the contract from participating in tendering procedures for a period not less than one month nor more than two years.

If businesses, which serve as an important pillar of our economy, are restricted from participating in tendering for a maximum of two years, they will be forced to incur unbearable losses. From the government's standpoint, however, businesses which may harm the integrity of the tendering procedure should not be allowed to participate.

Current Supreme Court precedents recognize government procurement contracts as private contracts but treat restrictions on qualification for participation in tendering as an "administrative disposition" under public law. In addition, the lack of legislative purpose behind such restrictions continues to cause disputes and confusions.

Moreover, the Korean procurement market is available globally pursuant to the WTO Government Procurement Agreement. Thus, if a Korean procuring entity restricts a Korean business from participating in tendering,

* Doctor's Course, Construction Legal Affairs of Graduate School, Kwangwoon University /
Partner Lawyer in Lawfirm PYEONG AN

** Professor, Division of Law, College of Public Policy & Law, Kwangwoon University

it may serve as a basis for restriction in foreign procurement markets as well. I believe giving businesses that made a mistake a second chance to self-correct their errors may be the starting point for solving many problems our nation faces today.

Part I of this article discusses, as an introduction, the importance of the restriction on qualification for participation in tendering procedures to our national economy. Part II lays out the history of the restriction system. Part III explores the current state of affairs with respect to the restriction with focus on its legal nature. Part IV addresses problems that arise from imposing such restrictions. Part V proposes a self-correction system specifically tailored for the Korean economy, which offers a second chance to businesses to self-correct and is based on the United States Administrative Agreements system and Self-Cleaning (Selbstreinigung) system of EU and Germany. Finally, Part VI suggests improvements to the restriction system and government procurement system.

[Key Words] Procurement Contract, Restriction on Participation in Bidding, Legal nature of Restriction on Participation in Bidding, Self-Cleaning in Procurement Contract, Second Chance in Procurement Contract, Administrative Agreements, EU Self-Cleaning System, German Self-Cleaning(Selbstreinigung) System, Korean Self-Cleaning System, Restorative Government Procurement System