

건설업체에 대한 중복 처벌의 문제점과 개선 방안

- 입찰참가자격 제한 처분의 개선을 중심으로 -

2011. 12

강운산

■ 검토 배경	4
■ 건설업체에 대한 중복 처벌	5
■ 외국의 건설업체에 대한 처벌	16
■ 건설업체에 대한 중복 처벌의 문제점	24
■ 건설업체에 대한 중복 처벌 개선 방안	31
■ 조달청 등의 부정당업자 제재 처분에 대한 대안 검토	38

요 약

- ▶ **건설 법령 의무를 위반한 건설업체에 대해 행정형벌(징역 또는 벌금)로 처벌하고 입찰참가자격 제한 처분 등 행정제재 처분이 중복적으로 이루어지는 경우가 있음.**
 - 입찰참가자격 제한 처분 등 행정제재 처분은 법적 성격이 법원의 판결에 의해 이루어지는 형벌은 아니지만 실질적으로 사회적·경제적 처벌은 형벌보다 더 큰 효력이 발생
 - 의무 위반에 대한 부수적 처벌인 행정제재 처분이 기업의 폐업으로까지 이어질 수 있는 처벌의 효력으로 인해 헌법에서 금지하고 있는 ‘이중처벌 금지’의 원칙을 위반한다는 주장이 지속적으로 제기
 - 본 연구는 처벌의 대상인 기업의 특성을 고려하지 않고 이루어지는 동일한 법 질서 위반 행위에 대한 입찰참가자격 제한 처분 등 행정제재 처분의 문제점을 중점적으로 검토함.

- ▶ **헌법재판소(94.6.30. 92헌바38)는 법원에 의한 처벌만을 ‘처벌’로 보고 있음.**
 - 다만, 행정질서벌과 행정제재 처분에 대해서는 ‘의무 위반 정도’에 비해 ‘제재 또는 불이익 처분의 내용’이 과다하면 처벌로 판단할 수 있음을 명시

- ▶ **건설업체에 대한 중복 처벌의 문제점은 다음과 같음.**
 - 제재 처분으로 인한 처벌의 확실성과 포괄성으로 인한 ‘과잉 처벌’로 위헌 및 위법 소지 존재
 - 2006~2009년 제재 처분 종합건설업체 80개사 중 70%인 56개사가 폐업하고 평균 2.6개월의 제재 처분으로 평균 1,000억원 정도 피해(매출액 기준)가 발생하여 과다한 피해 발생
 - 입찰참가자격 제한 처분의 문제점으로는 ‘제재수단의 실효성 저하와 공공 계약 이행의 차질, 입찰참가자격 제한 사유의 과다, 제재처분시효제도의 미도입 등을 제시

- ▶ **건설업체에 대한 중복 처벌의 문제점을 개선하기 위한 사항을 다음과 같이 제안함.**
 - ‘입찰 담합’, ‘뇌물 공여’ 등은 「공정거래법」, 「건설법」 등에 근거하여 행정형벌로만 처벌하거나 입찰참가자격 제한 처분에 갈음하는 과징금 등으로 처벌
 - 제재 처분의 대내적 효력 범위를 ‘법률에서 공공 계약 및 조달의 이행에 차질이 있는 경우, 공공의 이익을 위해 필요하다고 인정되는 경우 등’의 경우, 처분 대상자의 특정 공종, 조직, 물품 등으로 한정
 - 제재 처분의 대외적 효력 범위는 제재 사유를 공공 계약 질서 위반 정도를 기준으로 필수적 제한 사유와 임의적 제한 사유로 구분하고, 필수적 사유는 제재를 모든 발주기관에 확대·적용하고 임의적 사유는 해당 기관에 대해서만 제재하도록 개선
 - 이 외에 입찰참가자격 제한 사유의 조정과 처분의 다양화, 유예 제도 도입, 제재 시효 제도 도입 등을 제안함.

I. 검토 배경

- 현대 행정의 복잡·다양화, 전문화, 기술화 등으로 인한 행정기능의 강화 및 행정 영역의 확대로 국민에 부과되는 의무의 범위와 정도가 강화되는 경향을 보임.
 - 행정 의무의 범위 및 확대로 인해 의무 위반에 대한 처벌 규정의 운영은 법률의 입법 목적과 행정 현실을 감안하여 입법자의 재량에 의해 결정¹⁾
- 대형 건설사고 및 부패사건 등의 지속적 발생으로 건설기업의 건설 법령 의무 위반에 대한 처벌은 강화되는 추세²⁾를 보이는 가운데 처벌의 적정성에 대한 검토는 상대적으로 미흡
 - 특히 기업인 건설업체의 의무 위반에 대한 처벌의 파급효과는 개인 처벌보다 광범위하고 복합적으로 발생하므로 적정한 처벌 규정의 운영이 더욱 필요
 - 건설 법령의 의무를 위반한 건설업체에 대해 행정형벌(징역 또는 벌금)로 처벌하고 다시 동일한 행위에 대해 입찰참가자격 제한 처분 및 영업정지 등의 행정제재 처분이 중복적으로 이루어지는 경우³⁾가 있음.
- 입찰참가자격 제한 처분 및 영업정지 등의 행정제재 처분은 법적 성격이 법원의 판결에 의해 이루어지는 형벌은 아니지만 실질적인 사회적·경제적 처벌의 효력은 형벌보다 더 큰 효력이 발생
 - 경제적 측면에서는 매출 손실과 자원 낭비, 종사자의 일시적 실업, 불복 절차 수행 비용 등의 손실이 발생하고, 사회적 측면에서는 기업의 경제 의지 좌절, 행정에 대한 신뢰도 손상, 행정의 수요 가능성 저하 등의 손실이 발생하는 등 처벌로 인한 파급효과⁴⁾가 막대하여 기업의 경영활동에 큰 장애요인⁵⁾으로 작용

1) 유지태, “행정질서벌의 체계”, 월간 법조 제51권 제12호, 2002, 56면.

2) 성수대교 붕괴 사건으로 「건설산업기본법」 제93조와 「건설기술관리법」 제41조에 무기징역 처벌 규정.

3) 건설업체 ‘입찰담합’에 대해 「형법」의 징역·벌금형(개인), 「건설산업기본법」의 징역·벌금형 처벌, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 공정거래법)」의 과징금 부과, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 국가계약법)」의 입찰참가자격 제한 처분 등 행정형벌과 행정제재 처분의 처벌이 중복 부과됨. ‘뇌물공여’는 「형법」의 징역·벌금형 처벌(개인), 「건설법」의 징역·벌금형 처벌과 행정제재 처분(등록말소 또는 영업 정지), 「국가계약법」의 입찰참가자격 제한 처분 등의 처벌 중복 부과.

4) 국가경쟁력강화위원회·법제처, 기업활동과 국민생활의 편의제고를 위한 행정제재 처분의 합리화 방안, 2008.7 참조.

5) 2010. 10월 공정위는 LH공사가 발주한 8개 아파트 건설공사에서 총 35개 건설사들의 입찰담합 행위를 적발하고 총 423억원의 과징금을 부과, 이에 LH공사는 35개 건설사 의견 접수 등 입찰참가자격 제한 처분 절차에 돌입(머니투데이 2011.3.8.)하였는데 전경련이 금년 3월 50대 건설업체를 대상으로 조사 결과, 응답기업의 34%가 입찰참가자격 제한 처분이 상당한 경영예로를 초래하고 있다고 응답함.

- 의무위반에 대한 주된 처벌이 아닌 부수적 처벌인 행정제재 처분이 기업의 폐업으로 까지 이어질 수 있는 처벌의 효력으로 인해 헌법에서 금지하고 있는 ‘이중처벌 금지’의 원칙을 위반한다는 주장이 지속적으로 제기
- 정부는 입찰참가자격 제한 처분 등으로 인한 ‘과잉처벌’, ‘중복처벌’ 등의 논란을 해소하고 공공계약의 원활한 이행을 위해 입찰참가자격 제한 처분에 갈음하는 ‘과징금’ 제도를 도입할 계획이나 입법 과정⁶⁾에서 적용 범위가 축소되어 도입 목적이 퇴색
 - 과징금 부과 적용 범위가 축소된 이유는 정치권이 입찰참가자격 제한 처분에 갈음하는 과징금 부과를 합당한 처벌 또는 처벌의 합리적 개선으로 보지 않고 건설업체에 대한 특혜로 보는 인식의 편향성 때문임.
- 본 연구는 처벌의 대상인 기업(법인)의 특성을 고려하지 않은 채 이루어지는 동일한 법질서 위반행위에 대한 입찰참가자격 제한 처분 등 행정제재 처분의 문제점을 중점적으로 검토하고자 함.
 - 특히 ‘이중 처벌’ 여부의 판단에 적용되고 있는 현재의 형식적인 기준이 가지고 있는 문제점을 검토하여 ‘이중 처벌’ 여부는 현재의 ‘형식적인 처벌 형식을 기준’으로 하는 원칙에서 ‘실질적인 처벌 효력을 기준’으로 하는 원칙으로 전환되어 기업하기 좋은 법 환경의 조성에 기여하고자 함.
 - 이를 위해 건설기업에 대한 행정제재 처분 제도 중 입찰참가자격 제한 처분을 중심으로 한 개선 방안을 제시하고자 함.

II. 건설업체에 대한 중복 처벌

1. 건설업체에 대한 처벌 유형

- 건설 관련 법령에서 정하고 있는 처벌은 행정벌, 행정강제, 행정조사, 행정제재 처분 등의 4가지 유형이 있으며, 이 중 행정벌과 행정제재 처분을 통한 처벌이 대부분을 차지하고 있음.

6) 현재 국회 계류 중으로 본회의 의결을 남기고 있는 상황임.

<표 1> 건설업체에 대한 처벌의 유형)

구분	종류	내용
행정벌	행정형벌, 행정질서벌	행정상 의무위반에 대한 제재
행정강제	행정상 강제 집행 행정상 즉시 강제	행정상 의무불이행과 이행강제
행정조사	각종 조사	자료 획득 작용
행정제재 처분	과징금, 공사업 제한, 공급거부, 공표 등	영업정지, 입찰참가제한, 과징금 부과

□ 행정벌

- 행정벌이란 행정법상의 의무위반에 대하여 일반통치권에 근거하여 과하는 제재로서의 처벌로 행정형벌과 행정질서벌이 있음.
- 행정형벌
 - 행정형벌이란 「형법」상의 형⁸⁾을 과하는 행정벌로 건설업체에 대한 행정형벌은 무기징역, 징역, 금고, 벌금 등으로 규정
 - 건설업체에 대한 행정형벌의 최고형은 「건설산업기본법」 제93조⁹⁾와 「건설기술관리법」 제41조¹⁰⁾에서 정하고 있는 무기징역임.
- 행정질서벌
 - 행정질서벌이란 과태료를 과하는 행정벌로 일반사회의 법익 또는 행정의 목적을 직접적으로 침해하지는 않으나 행정목적 달성에 장애가 되는 정도의 의무위반에 대해 가해지는 제재

7) 홍정선, 행정법원론(상), 564면, 박영사, 2009.

8) 현재 「형법」에 규정된 형벌인 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수 등 9개 형벌을 사형과 징역, 벌금, 구류 등 4개로 대폭 간소화하는 「형법」 개정 작업이 추진 중으로 2011. 3. 22일, 국무회의를 통과하여 개정(안)이 국회에 제출(인터넷 법률신문, 2011. 3. 23일자).

9) 「건설산업기본법」 제93조는 건설업자 또는 건설현장에 배치된 건설기술자가 건설공사의 안전에 관한 법령을 위반하여 건설공사를 시공하여 하자담보책임 기간 내에 교량·터널·철도 등 주요 시설물의 구조상 주요부분에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 경우는 10년 이하의 징역에 처하고 사람을 사상에 이르게 한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처하도록 규정.

10) 건설기술관리법 제41조는 책임감리자 또는 설계용역자가 하자담보책임 기간에 교량, 터널, 철도 등 주요 시설물의 구조상 주요 부분에 중대한 손괴를 야기하여 일반인을 위험하게 한 경우에는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하고 사람을 다치거나 죽음에 이르게 한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처하도록 규정.

- 행정질서벌인 과태료는 최고 2억원 이하(「하도급거래공정화에 관한 법률」 제30조의 2, 사업자 또는 사업자 단체의 경우)에서 30만원 이하(「건축법」 제113조 제2항)까지 부과 금액을 폭넓게 규정하고 있음.

□ 행정강제 및 행정조사

- 행정강제란 행정목적을 달성하기 위하여 사인의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 행정권의 사실상의 작용¹¹⁾을 말함.
 - 행정강제는 크게 행정상 강제집행과 행정상 즉시강제로 분류됨. 행정상 강제집행에는 대집행과 행정상 강제징수(채납처분)·집행벌·직접강제가 있고, 행정상 즉시강제는 「경찰관직무집행법」 외에 각 개별법상 여러 가지 수단이 인정됨.
- 행정조사란 행정기관이 행정작용을 위하여 필요한 정보나 자료 등을 얻고자 행하는 일체의 행정활동으로 즉, 행정청이 행정작용에 필요한 자료를 얻기 위하여 하는 권력적 조사작용¹²⁾을 말함.
 - 행정조사는 사전에 의무를 부과하지 않는 행정작용이며, 행정권의 권력적 작용으로 행정쟁송으로 다룰 수 있으며 사실상의 행정권의 작용에 해당하는 행정상 즉시강제와는 구별
 - 행정조사는 직접 개인의 권리관계에 변동을 목적으로 하는 것이 아니고 장래의 행정작용을 위한 준비적·보조적 수단임.

□ 행정제재 처분

- 행정제재 처분은 국민 또는 기업이 행정 법규나 처분에 따라 부과된 행정상 의무를 위반한 경우, 그 실효성 확보를 위해 위반자에게 부과하는 불이익 처분¹³⁾을 말함.
 - 행정청이 일정 범위반 행위에 대해 법규와 행정목적을 고려하여 내리는 부작위명령인 업무정지, 영업정지, 등록말소, 부정당업자의 입찰참가자격 제한 등의 처분과 작위명령인 시정명령, 과징금 부과 처분 등이 있음.

11) 홍정선, 앞의 책 ; 박균성, 앞의 책.

12) 홍정선, 앞의 책 ; 박균성, 앞의 책.

13) 국가경쟁력강화위원회·법제처, 앞의 보고서 참조.

- 영업정지, 입찰참가자격 제한 등의 행정제재 처분은 건설업체의 영업 활동을 중지시켜 처벌의 효과가 큼.
- 영업정지는 건설관련 법령을 위반한 건설업체에 대해 일정 기간 영업을 못하도록 정지시키는 처분을 말하며, 등록말소는 건설관련 법령을 위반한 건설업체의 건설업 등록을 말소하는 처분임.
 - 「건설산업기본법」은 제82조에서 ‘6월 이내의 영업정지 또는 영업정지에 갈음하여 1억원 이하의 과징금을 부과’하는 경우와 ‘1년 이내의 영업정지 또는 영업정지에 갈음하여 그 위반한 공사의 도급금액의 100분의 30에 상당하는 금액(고의 또는 과실로 공사를 조잡하게 한 경우는 5억원) 이하의 과징금’을 부과하는 경우로 나누어 규정¹⁴⁾
 - 또 「건설법」 제82조의 2¹⁵⁾를 신설하여 ‘건설업자가 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 부정한 청탁을 하면서 재물 또는 재산상의 이익을 제공한 경우’에는 ‘1년 이내의 영업정지 또는 영업정지에 갈음하는 10억원 이하의 과징금’을 부과하도록 규정
 - 여기에 ‘1년 이내의 영업정지 또는 영업정지에 갈음하는 10억원 이하의 과징금’ 등의 처분을 받은 날부터 3년 이내에 다시 동일한 위반행위를 한 경우에는 ‘2년 이내의 영업정지 또는 영업정지에 갈음하는 20억원 이하의 과징금(영업정지를 명할 경우 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우)’을 부과하도록 규정
 - ‘1년 이내의 영업정지 또는 영업정지에 갈음하는 10억원 이하의 과징금’ 처분을 받은 날부터 3년 이내에 2회 이상 동일한 위반행위를 한 경우에는 건설업 등록을 말소하도록 규정
 - 영업정지가 내려지면 공공공사와 민간공사 모두의 수주가 불가능해져 사실상 ‘폐업 선고’로 기업 활동이 중단되는 효과가 발생

14) 동 규정은 2011. 11. 25일부터 ‘6월 이내의 영업정지 또는 영업정지에 갈음하여 1억원 이하의 과징금을 부과’하는 경우가 ‘6월 이내의 영업정지 또는 영업정지에 갈음하여 5천만원 이하의 과징금을 부과’하는 경우로 개정·시행 예정임.

15) 2012. 5. 25일부터 시행 예정임.

<표 2> 「건설산업기본법」상의 영업정지 및 등록말소 규정

구분	내용	근거규정	비고
등록말소	등록말소	제83조(13가지 사유 중 9가지 사유)	2011.11.25, 개정·시행
	등록말소 또는 1년 이내 영업정지	제83조(13가지 사유 중 4가지 사유)	2011.11.25, 개정·시행
영업정지	6개월 이내 영업정지 또는 5천만원 이내의 과징금	제82조 제1항	2011.11.25, 개정·시행 (종전 1억원 이내)
	1년 이내의 영업정지 또는 도금금액 30% 이하 과징금	제82조 제2항	
	1년 이내의 영업정지 또는 10억원 이하 과징금	제82조의 2(신설) (뇌물 등의 취득 및 제공)	2012.5.25, 개정·시행 예정
	2년 이내 영업정지 또는 20억원 이하 과징금(3년 이내 동일한 위반 행위시)		
	건설업 등록 말소 (3년 이내 2회 이상의 동일한 위반 행위시)		

- 입찰참가자격 제한 처분은 국가기관 등이 실시하는 입찰이나 체결한 계약의 이행 등이 불성실한 자에 대해 1월 이상 2년 이하의 기간 동안 국가기관 등 공공기관¹⁶⁾의 입찰 참가를 제한하는 것이며 현행 「국가계약법」에서 정하고 있는 사유는 다음과 같음.

<표 3> 부정당업자 입찰참가자격 제한 사유

제1호 : 계약의 부실·조작·부당·부정이행
제2호 : 부정하도급
제3호 : 「공정거래법」 위반
제3의2호 : 「대·중소기업 상생협력촉진에 관한 법률」 위반
제4호 : 조사설계금액·원가계산금액 등의 부적정 산정
제4의2호 : 타당성조사 등의 부적정 산정
제5호 : 안전사고(사망사고) 발생
제6호 : 계약의 불체결·불이행
제7호 : 담합행위
제8호 : 입찰·계약 서류 위조·변조
제9호 : 고의 무효입찰
제10호 : 뇌물수수
제11호 : 입찰 불참가
제12호 : 입찰참가·계약이행 방해
제13호 : 감독·검사의 방해
제14호 : 계약이행능력 심사 서류 미제출 또는 제출 후 심사 포기
제14의2호 : 입찰금액 적정성 심사 서류 미제출 또는 제출 후 심사 포기
제15호 : 턴키입찰시 실시설계서 미제출
제16호 : 부적절한 감리원 교체

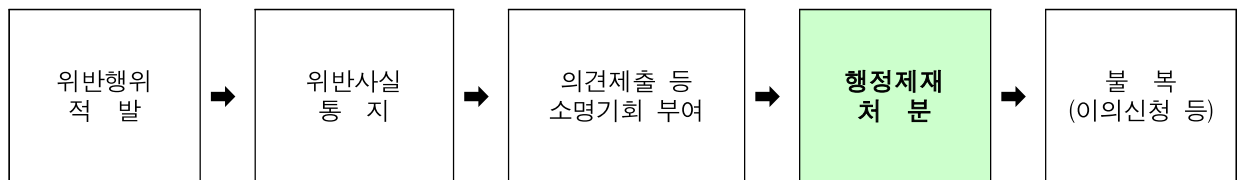
출처 : 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항.

- 주 : 1) 밑줄 친 사유는 부정당업자 제재 처분을 통보받은 경우, 반드시 입찰참가자격을 제한하는 경우.
2) 「지방계약법」상의 입찰참가자격제한 사유는 「국가계약법」상의 입찰참가자격제한 사유 외에 「지방계약법」 제33조를 위반하여 계약을 체결한 경우가 있음.

16) 지방자치단체 및 공기업·준정부기관 등을 포함.

- 시정명령은 법령 위반 사항의 시정을 명하는 행정명령이며, 과징금은 행정법상의 의무 위반자에 대해 당해 위반행위로 인하여 얻은 불법적인 이익을 박탈하거나 또는 당해 법규상의 일정한 행정명령의 이행을 강제하기 위하여 행정청이 부과·징수하는 금전적 제재¹⁷⁾임.
- 행정제재 처분은 위반행위 적발 → 위반사실 통지 → 의견제출 등 소명기회 부여 → 행정제재 처분 → 불복 및 처분 이행 등의 절차를 거쳐 시행

<그림 1> 행정제재 처분의 흐름



자료 : 국가경쟁력강화위원회·법제처, 기업활동과 국민생활의 편의제고를 위한 행정제재 처분의 합리화 방안, 2008.7 참조.

- 2005~2009년까지의 건설업체에 대한 제재 사유별 입찰참가자격 제한 처분 현황을 보면 ‘뇌물공여’로 인한 제재는 1.6%로 전체 1,290건 중 20건, ‘입찰담합’으로 인한 제재는 3.4%로 전체 1,290건에서 44건임.
 - 계약 미체결, 계약 불이행, 적격심사 포기(‘계약 불이행 등’)로 인한 제재처분이 1,124건으로 전체 재제건수의 87.1%를 차지
 - 계약 미체결은 입찰자가 낙찰자 또는 적격심사 대상자로 된 후 계약체결을 포기하거나 계약을 체결한 후에 정상적으로 계약을 이행하지 못했음을 의미
 - 계약 불이행 등으로 인한 제재처분이 많은 이유는 계약 상대방이 경영악화로 인해 계약을 이행할 수 없게 되거나, 사전 규격 검토 또는 입찰 금액을 제대로 산정하지 않고 입찰에 참여하는 경우가 많았기 때문으로 분석¹⁸⁾

17) 홍정선, 앞의 책 ; 박균성, 앞의 책.

18) 조달청, 2009 조달연보.

<표 4> 제재 사유별 입찰참가자격 제한 처분 현황

(단위 : 건)

구분	2005년	2006년	2007년	2008년	2009년	계	비율(%)
계약 미체결	42	39	30	46	33	190	14.7
계약 불이행	147	130	147	188	223	835	64.7
적격심사 포기	12	17	31	27	12	99	7.7
뇌물제공	4	3	7	2	4	20	1.6
담합입찰	2	6	-	3	33	44	3.4
허위서류 제출	5	13	4	-	18	40	3.1
기타 사유	29	2	1	7	23	62	4.8
계	241	210	220	273	346	1,290	100.0

자료 : 조달청, 2009 조달연보 / 각 수치는 조달청.

2. '이중처벌 금지'의 원칙

□ '처벌'의 의미

- 「헌법」 제13조 1항은 “모든 국민은 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 규정하여 이중처벌 금지를 선언하고 있음.
 - 이중처벌 금지는 국민의 기본권¹⁹⁾을 보호하기 위해 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 금지하는 것을 의미
- 헌법재판소는 처벌을 ‘원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 ‘처벌’에 포함된다고 할 수는 없다’라고 판시(94.6.30. 92헌바38)
 - 행정형벌 등 형벌에 의한 ‘처벌’, 즉 법원의 판결에 의해 이루어지는 ‘처벌’만을 처벌로 보고 있음.
 - 다만, 행정질서벌과 행정제재 처분에 대해서는 ‘의무위반 정도’와 ‘제재 또는 불이익 처분의 내용’을 검토하여 ‘처벌’ 여부를 판단하도록 하여 ‘의무위반 정도’에 비해 ‘제재 또는 불이익 처분의 내용’이 과다하다면 처벌로 판단할 수 있음을 명시

19) 특별히 신체의 자유를 보호하기 위한 「헌법」상의 기속원리로 ‘한번 형사판결이 확정되어 기판력이 발생하면 같은 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없도록 하는 것임(허영, 한국헌법론, 346면, 1990, 박영사).

□ 행정제재 처분으로 ‘이중처벌’ 여부 판단

- 행정형벌이 아닌 행정질서벌과 행정제재 처분에 대해서는 자동적으로 ‘처벌’로 볼 수 없으나 사안별로 접근하여 ‘의무위반 정도’에 비해 ‘제재 또는 불이익 처분의 내용’이 과다한 경우는 ‘이중처벌 금지’의 원칙을 위반하는 것으로 보아야 함.
- 따라서 행정형벌 처벌 후, 동일한 행위로 인해 부과되는 행정제재 처분이 행정형벌의 처벌과 동일한 효력을 갖거나 행정형벌보다 더 큰 효력을 미친다면 행정형벌과 행정제재 처분의 병과로 인한 ‘이중처벌’ 소지가 높음.

3. 건설업체에 대한 중복 처벌

□ 중복 처벌의 기준

- 현재는 ‘과태료, 과징금, 이행강제금도 제재로서의 성격을 가지고 있기에 중복적으로 부과하는 것은 이중처벌 금지의 기본정신에는 배치될 수 있으나 위배되지는 않는다. 위헌성 판단은 과잉금지 원칙을 가지고 판단한다’고 판시(2003.7.24. 2001헌가25)
- 이 판결은 동일한 행위에 대해 부과되는 행정질서벌 및 행정제재 처분의 내용이 행정상 비례의 원칙을 위반하는 경우에는 ‘과잉성(過剩性)’이 있어 헌법을 위반하는 것으로 보아야 함을 의미함.
- 결국 ‘이중 처벌’ 여부는 행정제재 처분이 의무위반 정도에 적합하게 행정상 비례원칙에 대한 충실 및 합당 여부로 결정되므로 이를 구체적으로 살펴볼 필요가 있음.
- 건설기업에 대한 중복 처벌의 위법성은 행정질서벌 또는 행정제재 처분의 ‘과잉성’ 여부에 의해 결정되므로 행정형벌의 대상이 된 법질서 위반행위에 합당한 내용의 행정제재 처분이 아니라면 위법하여 위헌성이 인정될 수 있음.
- 법원은 행정처벌의 ‘과잉성’을 판단하는 기준으로 포괄적인 ‘행정상 비례의 원칙’을 활용하고 있음.
- 참고로 독일에서는 행정형벌, 행정제재 처분 등의 ‘과잉성’을 판단하는 기준으로 형평성, 실효성, 공평성, 한정성 등의 기본원칙을 적용²⁰⁾하고 있어 이에 대한 참고가 필요

- ‘형평성’은 ‘행정법상 의무 위반 정도에 합당한 제재 처분’을 의미하고 ‘실효성’은 ‘장래의 위반에 대한 특별 및 일반적 예방효과 존재’를 의미
- ‘공평성’은 ‘행정법상 의무 위반자 모두에게 공평하게 부과’함을, ‘한정성’은 ‘행정제재는 부과에 있어서 의무 위반자와 의무위반 행위만을 대상으로 부과’함을 의미

<표 5> 행정처벌의 기본 원칙

구분	의의	비고
형평성(비교형량)	행정제재는 행정법상 의무의 위반정도와 일정한 균형관계를 유지	
실효성	장래의 위반에 대한 특별 및 일반적 예방효과 존재	
공평성	행정법상 의무위반자 모두에게 공평하게 부과	
한정성	행정제재는 부과에 있어서 의무위반자와 의무위반행위만을 대상으로 부과	

자료 : 유지태, 앞의 논문, 56면을 정리.

□ ‘중복적 행정제재 처분’의 과잉성 검토

- 건설업체가 ‘입찰담합’으로 적발되면 「형법」의 징역·벌금형(개인), 「건설산업기본법」의 징역·벌금형 처벌, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 공정거래법)」의 과징금 부과²¹⁾, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 국가계약법)」의 입찰참가자격 제한 처분 등 행정형벌과 행정제재 처분의 처벌이 중복 부과
- 「건설법」은 건설업체의 ‘입찰담합’에 대해 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금(제95조) 처벌을 규정하고 있어 법원은 ‘입찰담합’의 규모, 수단, 상황 등을 고려하여 형량을 결정하여 처벌
- 「공정거래법」에 의해 부과되는 과징금은 매출액을 기준(매출액의 10%)으로 부과되어 경우에 따라서는 ‘입찰담합’의 대상이 되는 공사비보다 많은 과징금이 부과될 수도 있으나 ‘입찰담합’의 규모, 수단, 상황 등을 고려하여 과징금의 규모를 정하는 절차²²⁾가 제도화되어 있음.

20) Friedhelm Hufen, Fehler im Sanktionsfeld, 1988, S.314ff, 유지태, “행정질서벌의 체계”, 월간 법조 제51권 제12호, 2002, 56면에서 재인용.

21) 제19조(부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 “부당한 공동행위”라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

제22조(과징금) 공정거래위원회는 제19조(부당한 공동행위의 금지) 제1항의 규정을 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 20억원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.

22) 필요적 감면, 임의적 감면 등의 절차가 있음.

- 「국가계약법」의 입찰참가자격 제한 처분은 다른 처벌과 같이 ‘입찰담합’의 규모, 수단, 상황 등을 고려하여 내려지게 되는데 ‘입찰담합’의 규모가 작고 위반정도가 낮은 경우에도 ‘공공공사 수주 차단’이라는 효과가 발생하여 ‘과잉’ 처벌의 개연성이 높음.
- 결국 ‘입찰담합’으로 적발된 건설업체에게 행정형벌 외에 과징금, 입찰참가자격 제한이라는 행정제재 처분이 별도로 부과되어 삼중 처벌을 받게 되고 PQ심사에서 신인도 감점을 받게 되어 실제 4중의 처벌로 이어져 행정제재 처분이 독일의 행정처벌의 원칙 중 ‘공평성’, ‘한정성’의 원칙을 훼손하여 ‘과잉성’이 있는 처벌에 해당할 소지가 높음.
- 특히 담합행위의 구체적 상황에 따라 제재를 가중·감경할 수 있는 기준이 없거나 불명확하여 기계적인 처분이 이루어지고 단순 경미한 담합 관련 행위에 대해서도 1차 위반시부터 입찰참가자격 제한 처분이 내려짐.
- 담합행위는 ‘담합을 주도하여 낙찰을 받은 자(2년 이내)’, ‘담합을 주도한 자(1년 이내)’, ‘입찰자 간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자(6개월 이내)’ 등 3가지 유형으로만 구분(「국가계약법」 시행규칙 별표 2)
- ‘단순 가담(들러리 참여)’ 정도의 1차 위반자에 대해서도 획일적으로 ‘입찰자 간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자’로 구분하여 6개월 이내의 무조건적 입찰참가자격 제한 처분을 시행하는 등 법 집행의 경직화로 과도한 처벌 소지가 존재

<표 6> ‘입찰 담합’ 건설업체에 대한 중복 처벌 실태

구분	관련 법령	제재기관	처벌 및 제재 내용	효과	비 고
입찰 담합	「형법」(315조, 경매, 입찰의 방해)	형사법원	2년 이하 징역 700만원이하 벌금	개인 처벌	
	「건설산업기본법」 (95조, 98조)	형사법원	5년 이하 징역, 5천만원 이하 벌금	개인 처벌, 경제적 부담	건설업체만 해당
	「독점규제법」 (19조)	공정위	매출액의 10/100 미만 과징금	경제적 부담	
	「국가계약법」 시행령(76조)	당해 발주처	입찰참가자격 제한 2년 이하	공공 입찰 참여 불가	전 발주처
	PQ심사	발주기관	신인도 감점(-2점)	공공 입찰 참여 곤란	1년 간

- 건설업체의 ‘뇌물공여’에 대해서는 「형법」의 징역·벌금형 처벌(개인), 「건설법」의 징역·벌금형 처벌과 행정제재 처분(등록말소 또는 영업정지), 「국가계약법」의 입찰참가자격 제한 처분 등의 처벌이 중복 부과
- 「건설법」은 건설업체의 ‘뇌물공여’에 대해 행정형벌로 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금(제95조의 2) 처벌을 내리고, 행정제재 처분으로 건설업 등록말소 처분(제83조)을 규정하고 있어 ‘뇌물공여’의 규모 등 사정을 고려하여 형량을 결정하고 다시 등록말소 처분을 내림.
- 「국가계약법」의 입찰참가자격 제한 처분은 ‘뇌물공여’의 규모 등을 고려하여 내려지게 되는데 뇌물 공여액이 소액인 경우에도 내려져 ‘과잉’ 처벌의 개연성이 높음.
- ‘뇌물공여’의 경우, 「건설법」의 행정형벌과 행정제재 처분 처벌, 「국가계약법」의 행정제재 처분 처벌, PQ 감점 등 4중 처벌을 받게 되어 행정제재 처분의 과잉성 판단 기준인 ‘형평성’, ‘실효성’, ‘한정성’ 등의 원칙을 훼손할 여지가 높음.

<표 7> ‘뇌물공여’ 기업에 대한 중복적 처벌

구분	관련 법령	제재기관	처벌 및 제재 내용	효 과	비 고
뇌물 공여	「형법」 (133조, 뇌물공여죄)	형사법원	5년 이하 징역 또는 2천만원 미만 벌금	개인 처벌	
	「건설산업기본법」 (83조, 95조의 2)	등록 관청 형사법원	등록말소 또는 영업정지 1년 이하 5년 이하 징역, 5천만원 이하 벌금	공공+민간공사 참여 불가	건설업체
	「국가계약법」 시행령(76조)	당해 발주처	입찰참가자격 제한 (2년 이하)	공공공사 참여 불가	전 발주처
	PQ심사	발주기관	신인도 감점(-2점)	공공공사 참여 곤란	1년 간

- 뇌물액을 기준으로 「건설법」에서 정하고 있는 영업정지 기간과 「국가계약법」에서 정하고 있는 입찰참가자격 제한 기간은 다음과 같음.
- 「건설법」에서는 뇌물액이 1천만원 미만인 경우 최근 5년 간 건설업자가 동일한 사유로 행정제재 처분을 받은 사실이 없는 때에는 1차에 한하여 경고할 수 있도록 규정(시행령 별표 6 다 비교)하고 있으나 「국가계약법」에서는 이러한 규정이 없음.
- 소액의 뇌물을 1차로 제공한 경우에도 입찰참가자격 제한 처분이 내려져 「건설법」에 비해 과도한 처벌이 내려지고 전체적으로 동일한 금액을 기준으로 영업정지 기간보다 입찰참가자격 제한 처분이 길어 법령간 처벌 수준의 형평성 훼손

<표 8> 뇌물 액수를 기준으로 한 영업정지 및 입찰참가자격 제한 기간

「건설산업기본법」상의 영업정지		「국가계약법」상의 입찰참가자격 금지		비고
1억원 이상	8개월	2억원 이상	2년 이내	
5천만원 이상 1억원 미만	6개월	1억 이상 2억원 미만	1년 이내	
1천만원 이상 5천만원 미만	4개월	1천만원 이상 1억원 미만	6월 이내	
1천만원 미만	2개월	1천만원 미만	3월 이내	

출처 : 「건설법」시행령 별표 6, 「국가계약법」시행규칙 별표 2.

III. 외국의 건설업체에 대한 처벌

1. 입찰담합에 대한 처벌

□ 미국

- 미국은 입찰담합에 대해서는 「서면법」이 적용되고, 제1조 당연위법(per se illegal)을 적용하여 입찰담합 참여 가담자를 규제
 - 위법으로 선언된 계약을 체결하거나 결합 또는 공모에 참가하는 모든 자는 중죄로 간주되며, 유죄가 결정되면 법인의 경우 1,000만 달러 이하의 벌금, 개인의 경우 35만 달러 이하의 벌금 혹은 3년 이하의 징역에 처하거나 이를 병과할 수 있음.

□ 독일

- 독일은 입찰담합에 대해 「경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)」과 「형법」 제298조를 근거로 처벌
 - 「경쟁제한금지법」에 근거한 질서위반금은 행위 유형에 따라 최고 50만 유로까지 부과할 수 있으며, 「형법」에 의해 5년 이하의 징역 또는 벌금형에 처함.

□ 캐나다

- 캐나다는 입찰담합을 1986년에 제정된 「경쟁법(Competition Act)」, 「경쟁심판소법(Competition Tribunal Act)」에 의해 규율함.
 - 입찰 담합에 대해서는 5년 이하의 금고 혹은 재판소의 재량에 의한 벌금 또는 금고와 벌금이 병과됨.

□ 일본

- 일본은 입찰담합을 「사적 독점금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」을 근거로 처벌
 - 입찰담합 행위가 적발되면 「독점금지법」 제89조에 의해 3년 이하의 징역 또는 5백만엔 이하의 벌금 처벌을 받으며, 5억엔 이하의 과징금(매출액의 6%-대기업, 3%-중소기업)과 공공공사 입찰참여의 지명에서 배제 또는 영업이 정지됨.
 - 또 발주자는 위약금 특약조항에 의해 계약금액의 10%에 해당하는 금액을 손해배상으로 청구할 수 있음.

2. 뇌물공여

□ 독일

- 독일의 경우 건설공사 관련 뇌물의 수수를 「형법」 제300조에 의거 처벌하며, 최고 3년의 자유형 또는 벌금형으로 처벌함.
 - 이러한 범죄행위의 경우에는 그 행위자가 영업상 또는 그러한 행위가 계속된 범행으로 결부되는 단체의 일원으로 행위한 때에는 재산형과 확장된 재산환수가 이루어짐.

□ 일본

- 일본의 경우 건설공사와 관련된 뇌물수수의 문제는 「형법」, 「독점금지법」 등에 의하여 처벌함.
 - 「독점금지법」에 의해서는 3년 이하의 징역 또는 5백만엔 이하 벌금이 부과되며, 「형법」은 「경매입찰방해죄」(일본 「형법」 제96조의 3), 증뇌죄(제198조)를 적용해 처벌함.

3. 입찰참가자격 제한

(1) 미국

□ 근거 및 사유

- 연방정부의 입찰참가자격 제한은 연방조달규정²³⁾의 자격중지(debarment), 자격정

지(suspension) 등이 있으며, 자격중지는 최대 3년 이내에서 제재 효력기간이 확정된 것이며 자격정지는 최대 1년 이내에서 조사 등의 제재 절차 진행기간 동안 제재 효력이 부여된 것임.

- 자격중지와 자격정지는 다음의 사유로 유죄선고 또는 민사 판결이 확정된 경우에 내려짐.
 - 공공 계약(하수급 계약 포함)의 수주 및 이행 관련 사기 또는 범죄행위
 - 연방 또는 주 정부의 반독점법(anti-trust statues)을 위반하는 입찰제안서를 제출 작성하는 경우
 - 횡령, 절도, 위조, 수뢰, 문서 변조나 훼손, 허위 진술, 탈세, 장물 취득 등
 - 미국 원산지 표기법 위반
 - 계약자(하수급자 포함)의 책임성에 중대하고 직접적인 영향을 미치는 건전성 · 정직성의 결여 행위

□ 입찰참가자격 제한의 효력 범위

- 행위의 주체
 - 계약자의 임원 · 이사 · 주주 · 동업자 · 직원 등의 행위 또는 개인이 계약자를 위하거나 계약자를 대신하여 부정당행위를 하거나 계약자의 인지 · 승인 또는 묵인으로 일어난 경우 계약자에게 책임이 있음.
- 대내적 효력 범위
 - 원칙적으로 입찰참가자격 제한의 효력이 처분 대상자의 모든 조직(부서)이나 물품(조달의 경우)에 미침.
 - 예외적으로 자격중지 또는 자격제한을 특정 부서, 조직, 물품 등으로 한정하여 내릴 수 있으며 처분 대상자의 부정당행위와 관련된 기업에 대해서도 자격제한 가능

23) *Federal Acquisition Regulation(FAR)* Subpart 9.4(Debarment, Suspension, and Ineligibility).

- 대외적 효력 범위

- 입찰참가자격 제한은 연방정부의 모든 행정 기관에 적용되는 것이 원칙이나 기관장 또는 그 위임을 받은 자가 그 기관과 계약자간의 계속적인 거래를 정당화하는 부득이한 사유를 서면으로 진술한 경우에는 해당기관의 입찰은 참여할 수 있음.

(2) 캐나다

□ 근거 및 사유

- 캐나다의 부정당업자 제재는 「형법」에 의해 유죄판결²⁴⁾을 받은 경우, 계약이행 실적이 불량한 경우²⁵⁾, 공공조달지침 등에 반하는 경우²⁶⁾ 등의 사유에 해당하면 자격중지, 자격제한, 조건부과 등의 부정당업자 제재가 내려짐.
- 자격제한은 3년 이내의 기간에서 공공입찰 참가를 금지하는 것이며, 자격제한은 조사가 진행 중인 기간 동안 입찰참가를 금지하거나 사업변경이 필요한 경우 등의 사유로 잠정적으로 입찰참가를 금지하는 것임.
 - 조건부과는 3년의 기간 내에 특정 조건을 부과하는 것으로 예를 들어 계약보증금을 납부하도록 요구하는 것 등임.

□ 입찰참가자격 제한의 효력 범위

- 대내적 효력 범위

- 원칙적으로 입찰참가자격 제한의 효력이 처분대상자의 모든 조직(부서)이나 물품(조달의 경우)에 미침.
- 다만, 예외적으로 사안에 따라 불량 실적 회사의 특정 지역사무소, 특정 생산라인에 대해서만 제재조치를 한정하는 경우도 있음.

24) 캐나다 「형법」 제121조(정부에 대한 사기 및 선거기금에 등록한 조달 계약자), 제124조(판매 및 구매 사무실), 제418조(정부에 대한 하자있는 물품의 판매)에 의하여 유죄판결을 받은 입찰 참가자, 입찰자의 고용인, 허위 계약자 등.

25) 조달계약자 성과관리 정책(Vendor Performance Policy)에 따른 성과관리 조치에 의하여 입찰참여가 금지된 입찰자, 허위 계약자 및 입찰자의 고용인이 성과관리 개선조치 대상이 되어 입찰참여가 금지된 경우, 현행 또는 과거의 정부 계약과 관련 파산한 경우, 입찰참여자, 허위 계약자 및 입찰자의 고용인이 사기, 뇌물공여, 사기성 오해, 차별금지 법률에 반하는 행위를 한 증거가 있는 경우.

26) default, 납기지연, 하자보증서비스 미흡, 계약에 정한 사양대로 이행하지 않는 경우, 고의적 사기이든 아니든 허가받지 않고서 한 대체, 수행하지도 않은 서비스에 대해서 대금청구, 부풀린 대금청구의 경우 등임.

- 대외적 효력 범위

- 입찰참가자격 제한은 모든 공공 발주기관의 입찰참가자격을 제한하는 것이 원칙임.
- 다만 예외적으로 희소성과 중요성이 입증되는 특허권 보호 대상 물품의 유일한 공급 업체인 경우, 긴급하거나 국가 안보와 관련된 경우에는 예외적으로 입찰참가 허용(다만 조달 조건, 조달 기관, 조달 권한 등은 통보하거나 고시)

(3) 영국

□ 근거 및 사유

- EU 공공조달지침 제45조는 부정당업자 제재를 위한 필수적 배제사유와 임의적 배제 사유를 규정
 - 필수적 배제사유는 범죄조직 참여, 부패, 사기, 돈세탁으로 최종 유죄판결을 받은 경우로 규정
 - 임의적 배제사유는 법률상 파산, 폐업 또는 유사한 경우, 영업상 유죄 행위 또는 중대한 영업상의 위법행위를 한 경우, 사회보장제 지불 의무 또는 조세납부의무 불이행, 허위의 진술 또는 정보를 제공한 경우 등임.
 - 공공계약규정(The Public Contracts Regulations 2006) 제23조에서 정하는 부정당업자 제재 사유는 범죄 조직 가담 및 공모, 뇌물수수, EU 금융 관련 위법행위²⁷⁾, 돈세탁 등임.
- 공공계약규정은 부정당업자 제재를 면제할 수 있는 다음의 경우를 규정
 - 파산한 개인, 파산명령(행정명령, 파산제한명령 포함)을 받은 경우, 채권자와 화해·합의한 경우, 채권자의 이익을 위해 재산을 교부 혹은 양도한 경우, 채무의 청산 불가 또는 불가능하다고 예상되는 경우(스코틀랜드에서는 채권자들에게 담보증서를 교부하거나 명백하게 파산하여 지불능력이 없는 경우, 재산 가압류 신청의 대상인 경우, 다른 국가의 법에 따른 유사한 절차가 진행 중인 경우 등)
 - 담보증서의 양도 또는 명백하게 파산한 경우 및 재산 가압류 신청 대상인 경우(스코틀랜드법에 의해 합작회사의 경우)

27) 국세청을 속이는 위법행위, 사기공모, 사기 또는 절도, 사기성 거래, 세관 관련 사기, 유럽공동체의 과세와 관련된 위법행위, 문서의 파괴, 훼손, 은닉 혹은 고가담보의 연장 알선 등임.

- 기업에 대한 법원의 파산 명령이 내려진 경우, 법정관리인 등이 임명 또는 임명절차를 밟고 있는 기업 등
- 자신의 사업 또는 영업과 관련하여 범죄행위를 범하거나 영업 중에 위법행위를 범한 경우
- 영국 또는 다른 EU 회원국의 사회보장제 또는 조세 납부 의무 불이행
- 부정당업자 제재 관련 중대한 허위진술이 있는 경우

□ 입찰참가자격 제한의 효력 범위

- 부정당 행위의 주체
 - 대표자 이외의 권한이 없는 자의 부정당행위는 공익을 위해 필요하다고 인정되는 경우, 부정당업자 제재 면제 가능
- 대내적 효력 범위
 - 원칙적으로 기업 전체 조직(부서) 및 물량에 입찰참가 금지 효과 발생
- 대외적 효력 범위
 - 당해 발주기관 입찰참가만이 금지되며 다른 발주기관의 입찰참가는 가능
 - 발주기관별로 임의적 배제사유에 대해서는 선택적으로 운영이 가능하여 동일한 부정행위가 있어도 제재 여부가 발주기관에 따라 다름.
 - 또 절대적 배제사유의 경우에도 공공의 이익을 위해 필요가 있는 경우에는 입찰참가를 허용할 수 있음(EU 공공조달지침 제45조 제1항, 또는 영국 공공계약규정 제23조 제2항).

(4) 독일

□ 근거 및 사유

- EU 공공조달지침 제45조와 독일 내부의 「경쟁제한방지법」, 시행령인 공공발주명령과 시행규칙인 건설공사 발주 및 계약규칙, 물품구매 등 일반발주규칙, 자유업 용

역발주규칙 등과 연방 「불법취업방지법」에 의해서 내려짐.

- 부정당업자 제재 사유

- 파산 또는 이와 유사한 법률상 절차가 개시되거나 그 개시가 신청된 기업
- 청산절차가 진행 중인 기업
- 계약자의 신뢰성이 의심되는 중대한 과오를 범하였음이 명백한 기업
- 조세 또는 기타 공과금 및 법정 사회보장보험료를 체납한 기업
- 발주절차에서 전문성, 시공능력 및 신용 등을 고의로 허위 진술한 기업
- 직업공제조합(산재보험 담당기관)에 미신고된 기업

□ 입찰참가자격 제한의 효력 범위

- 대내적 효력 범위

- 원칙적으로 기업 전체 조직(부서) 및 물량에 입찰참가 금지 효과 발생

- 대외적 효력 범위

- 일정 기간 동안 해당 발주기관 및 다른 발주기관의 입찰참가자격 제한을 다른 발주기관(지방정부, 공기업 등 포함) 등으로 확대 적용

- 입찰참가자격 제한 처분의 범위에 대한 논란

- 처분을 받은 기업에 대해 개별적인 발주절차에서 개별적인 검토를 거쳐 개별적으로 배제할 수 있는 것이지 장래를 향하여 일반적으로 일정 기간 동안 모든 발주절차에서 배제하는 것은 위헌이라는 주장²⁸⁾이 있음.
- 즉, 법률의 규정 없이 개별적 입찰참가 금지의 시간적·공간적 범위를 확대하는 것은 EU지침, 「경쟁제한방지법」의 차별 금지·보이코트 금지, 「헌법」상 평등원칙, 비례원칙, 부당결부금지원칙 등을 위반한다는 주장임.

28) Mestmäcker Bremer, Gabriele Quardt, Christoph Benedict, Müller Werde 등에 의해 2000년 이후 제기되었다(국내 문헌으로는 박정훈, “부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제문제”, 서울대학교 법학 제46권 제1호, 2005. 286~287면 참조).

4. 외국의 건설업체에 대한 처벌의 시사점

- 미국, 일본, 독일 등은 입찰담합을 처벌하는 법률에 의해 유죄가 확정되면 행정제재 처분인 입찰참가자격 제한 처분을 내림.
- 뇌물공여에 대해서 독일은 「형법」에 의해 처벌하고 법인은 조직적으로 범죄에 개입된 것이 입증되면 그 정도에 따라 재산형으로 처벌
 - 행정제재 처분의 부과에 있어서 독일은 발주기관의 재량으로 부과하며, 일본은 특별한 규정을 두고 있지 않음.
- 입찰참가자격 제한 처분은 단순 제재와 처벌 수단으로 사용하지 않고 공공 계약의 윤리성, 신뢰성 및 성과 제고 등을 달성하기 위한 정책 수단으로 운영하고 있으며 발주기관에 많은 재량을 부여
 - 영국은 발주자에게 동일한 제재 사유에 해당하는 경우에도 기간, 내용 등을 차별하여 처분을 내릴 수 있는 재량이 허용되고, 캐나다는 입찰참가자격 제한 외의 다른 제재 수단을 부과하는 등 과도한 처벌을 지양하고 제재의 실효성을 제고

<표 9> 주요국 입찰참가자격 제한 제도 비교

구분	영국	프랑스	독일	미국	캐나다	한국
제재 사유	좁음	매우 좁음	좁음	좁음	좁음	넓음
제재 기관	발주기관	법원	발주기관	발주기관	발주기관	발주기관
제재 범위	해당 발주기관	전체 발주기관	전체 발주기관 (위헌 의견 존재)	예외적으로 특정 물품, 부서으로 제한 가능	예외적으로 특정 물품 등으로 제한 가능	전체 발주기관
제재 대상자의 입찰 허용 (유예제도)	○	×	-(불명확)	○	○	×

주 : 앞의 내용을 정리·요약.

IV. 건설업체에 대한 중복 처벌의 문제점

1. 과잉 처벌로 인한 위법 및 위헌 소지

□ 행정형벌과 행정질서벌의 병과

- 현재는 ‘행정질서벌로서의 과태료는 행정상 의무의 위반에 대하여 국가가 일반통치권에 기하여 과하는 제재로서 형벌(특히 행정형벌)과 목적·기능이 중복되는 면이 없지 않으므로, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 행정질서벌로서의 과태료까지 부과한다면 그것은 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가 입법권의 남용으로 인정될 여지가 있음을 부정할 수 없다’라고 판시(94.6.30. 92헌바38)

· 즉, 행정형벌과 과태료의 병과는 ‘이중 처벌’에 해당함을 판시

- 또한 학계에서도 현대 행정에서는 행정형벌과 행정질서벌을 구분하여 처벌하는 것은 처벌의 타당성이 저하²⁹⁾된다는 견해와 과태료를 부과하는 행정질서벌도 행정벌에 해당하므로 ‘이중 처벌’에 해당한다는 견해³⁰⁾가 제시됨.

□ 행정형벌과 행정제재 처분의 병과

- ‘이중 처벌’ 여부를 판단함에 있어 형식적인 처벌의 성격만을 기준으로 ‘이중 처벌’ 여부를 판단하는 것에 대해 반성하고 적극적인 국민과 기업의 기본권 보호를 위해 ‘처벌의 실질적 효력을 기준으로 ‘이중 처벌’을 판단하는 것이 타당하다는 의견이 활발히 제기되고 있음.

· 지금까지 행정형벌과 행정제재 처분의 병과에 대한 ‘이중 처벌’ 여부에 대한 연구와 논의가 다소 미흡했던 것도 ‘이중 처벌’의 판단 기준으로 ‘형식적 처벌의 성격’을 적용하였던 것이 원인으로 작용

· 현대 행정의 복잡·다기화로 인한 다양한 ‘행정상 의무이행 확보 수단’이 도입되고 있는 상황에서 행정상 비례의 원칙과 국민과 기업의 기본권 보호에 더욱 충실한 법 원칙의 실현을 위해 적극적인 법해석과 연구가 필요한 상황임.

29) 박정훈, “협회의 행정벌과 광의의 행정벌”, 서울대학교 법학 제41권 제2호, 2001, 286면.

30) 박윤흔, 앞의 책, 420면.

- 행정형벌과 행정제재 처분 병과의 ‘이중 처벌’ 해당 여부는 동일한 행위에 대한 실질적인 법적 성격의 행정형벌과 행정제재 처분의 공통적인 대상 여부³¹⁾가 핵심 쟁점임.
 - 이에 대해 처벌의 형식적 성격을 기준으로 ‘이중 처벌’을 판단하는 것보다는 처벌의 실질적 효력을 기준으로 판단하여야 한다는 견해가 제시됨.³²⁾
 - 이에 기초하여 위반사실의 기초적 사실관계가 동일하여 잠재적 심판범위에 속하는 경우 그 중 일부의 위반사실에 대해서 행정형벌, 행정질서벌, 행정제재 처분 중 어느 하나가 확정되면 나머지 두 개는 기판력에 저촉되는 것으로 보아 병과할 수 없다는 의견³³⁾도 제시
 - ‘행정제재 처분의 과잉성’ 판단은 기존의 ‘이중 처벌’ 여부를 판단하는 기준인 ‘처벌의 형식적 성격’을 적용해서는 실제적인 평가가 어렵거나 미흡하다는 점도 ‘처벌의 실질적 효과’를 기준으로 ‘이중 처벌’ 여부를 판단해야 할 필요성을 더욱 제기함.
- 과징금에 대해 현재는 ‘과징금은 …… 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다’라고 판시(2003. 7. 24. 2001헌가25)하여 과징금의 부과가 ‘이중 처벌’에 해당하지 않음을 판시
 - 다만, 헌법재판관 9명 중 4명의 소수 의견³⁴⁾으로 ‘과징금은 …… 순수하게 응보와 억지의 목적만을 가지고 있는 실질적 형사제재로서 절차상으로 형사소송절차와 전혀 다른 별도의 과징금 부과절차에 의하여 부과되므로 행정형벌과는 별도로 거듭 처벌된다고 하지 않을 수 없어 이중처벌금지의 원칙에 위반된다’라는 견해를 제시하고 있어 심도 있는 검토가 필요
- 행정제재 처분 병과에 대한 위법 및 위헌 판단의 기준은 동일한 행위에 대해 행정형벌과 함께 부과되는 행정질서벌 및 행정제재 처분의 내용이 행정상 비례의 원칙을 위반하는 경우에는 ‘과잉성(過剩性)’이 있어 헌법을 위반하는 것으로 보아야 함.
 - ‘과잉성’의 판단은 앞에서 언급한 것과 같이 ‘처벌의 실질적 효력’을 기준으로 행정제재 처분의 형평성, 실효성, 공평성, 한정성 등을 판단하여 여기에 부합하지 않는다면 ‘과잉성’을 인정하여 위헌 또는 위법한 것으로 판단하여야 함.

31) 이건중, 행정형법상의 제재 수단에 관한 연구, 1995, 한국형사정책연구원, 131면.

32) 이건중, 앞의 책, 131면.

33) 이건중, 앞의 책, 131면.

34) 김영일 재판관은 과징금을 명백한 처벌로, 그리고 주선회, 한대현, 권성 재판관은 처벌의 의미를 가지는 것으로 보아야 한다는 의견을 제시.

□ 제재 처분으로 인한 처벌의 확실성과 포괄성

- 공공계약질서를 위반한 건설업체에 대한 처벌은 위반행위에 합당한 처벌이 이루어져야 하나 처벌로 인해 경쟁질서의 훼손 및 기업 경영 활동에 장애가 발생할 수 있는 점을 고려하여야 함.
- 입찰참가자격 제한 처분은 처분의 원인이 되는 공사, 물품, 사업부문의 규모에 관계없이 기업의 전체 사업영역의 영업활동을 제한하고 다른 공종의 공사(사업 영역)를 성실히 수행하였어도 모든 공공기관에 대한 입찰 참여를 원천적으로 금지
 - 입찰참가자격 제한 처분의 확실성과 포괄성은 처벌의 ‘과잉성’을 높여 ‘이중 처벌’로 이어질 개연성이 매우 큼.
- A사는 입찰참가자격 제한 처분을 받아본 적이 없는 성실 사업자이나 일부 직원의 잘못으로 공정거래위원회가 수억원의 과징금을 부과
 - A사가 과징금 처분을 그대로 인정하면 부수적(附隨的) 처벌인 입찰참가자격 제한 처분으로 정부, 지자체 및 모든 공공기관이 발주하는 입찰에 대한 참가가 원천적으로 봉쇄되어 과징금보다 수백 배나 많은 매출 손실이 발생
 - 이와 같은 처분효력 범위의 확실성과 포괄성으로 사실상 A사는 생존을 위협받음.
- B사는 C사 등(9개 업체)과 입찰담합 사실이 확정되지 않은 상태에서 「공정거래법」 제19조 제5항의 입찰담합 행위 추정 규정에 근거하여 약 300억원의 과징금을 부과 받았고 이를 근거로 조달청으로부터 입찰참가제한 6개월의 처분을 받음.³⁵⁾
 - 추정 규정에 의해 부과된 약 300억원의 과징금 외에 6개월의 입찰참가자격 제한 처분까지 내려진 것은 위반행위에 비해 ‘과잉성’이 인정되는 과도한 처벌로 무죄추정의 원칙에도 반함.
- 법인(기업)인 건설업체의 동일한 법 위반행위에 대해 행정형벌과 함께 부과되는 입찰참가자격 제한 처분 효력 범위의 확실성과 포괄성은 ‘과잉 처벌’, ‘이중 처벌’의 소지를 높임.

35) 이 사건은 추정 규정에 의한 과징금의 부과는 정당하다고 할 수 있으나, 「국가계약법」상의 입찰참가 제한은 입찰담합이 있었음을 처분청이 입증해야 하는데 이를 입증하지 못하였으므로 처분이 위법하다는 판결이 1, 2심 판결에서 제시되었다.

2. 과도한 피해의 발생

□ 제재 처분으로 인한 기업 활동 위축

- 입찰참가자격 제한 처분은 처분의 원인이 되는 공사, 물품, 사업부문의 규모에 관계없이 기업의 전체 사업영역의 영업활동을 제한하고 다른 공종의 공사(사업영역)를 성실히 수행하였어도 모든 공공기관에 대한 입찰 참여를 원천적으로 금지
- 「국가계약법」 시행령 제76조에서 규정하는 21개 제재 사유에 해당되는 건설업체에 대해 제재 사유의 경중, 고의 또는 과실에 관계없이 획일적으로 입찰참가자격을 제한
 - 획일적인 입찰참가자격 제한 처분에 따른 발주처의 추가 공사 요구로 공사를 계속 시공하는 경우에는 손해가 예상되어 공사를 포기하여야 하나 제재로 인한 피해가 훨씬 크게 때문에 공사 수행으로 인한 손해를 감수하며 공사를 진행
 - 특히 경영난에 처한 건설업체는 공공계약 신규 수주 등을 통해 위기 극복을 도모할 수 있으나 ‘계약 불이행’ 등 모호한 기준으로 제재처분이 부과되어 경영 정상화에 장애요인으로 작용
- 유통업에서는 대형마트의 「식품위생법」 위반시 전 지점이 아닌 당해 영업점만 영업정지 처분(「식품위생법」 제75조)을 받고 있는 등 산업간 처벌의 형평성도 다름.

□ 건설업체의 도산과 국가경제의 침체

- 2006~2009년 입찰참가자격 제한 처분을 받은 종합건설업체 80개사 중 70%에 달하는 56개사가 건설업계에서 퇴출되어 폐업함.
 - 나머지 24개사 중 상당수도 워크아웃, 신용등급 급락 등으로 인해 사실상 폐업의 위기에 처해 있어 입찰참가자격 제한 처분의 처벌 효과는 매우 크게 나타남.

<표 10> 종합건설업체 제재 및 퇴출 현황(2006~2009)

연도	2006	2007	2008	2009	합계
제재 업체(개)	12	16	33	19	80
퇴출 업체(개)	10	11	27	8	56
퇴출 비율(%)	83	69	82	42	70

자료 : 대한건설협회.

- 또 해당 업체뿐만 아니라 하도급, 자재, 장비 업체 등 협력업체와 연관 산업, 근로자 등에 일자리 상실 등의 피해를 미치기 때문에 처벌효과에 비해 과도하게 선의의 피해자가 발생
 - 경제적 충격이 동시다발적으로 발생하여 국가 경제에도 부담으로 작용
 - 국내 건설업체들의 해외건설 수주 경쟁시, 외국 업체들이 악의적 수주 방해 도구로 활용할 경우 신인도 하락으로 인한 수주 장애 요인으로 작용할 수 있음.

□ 피해 규모

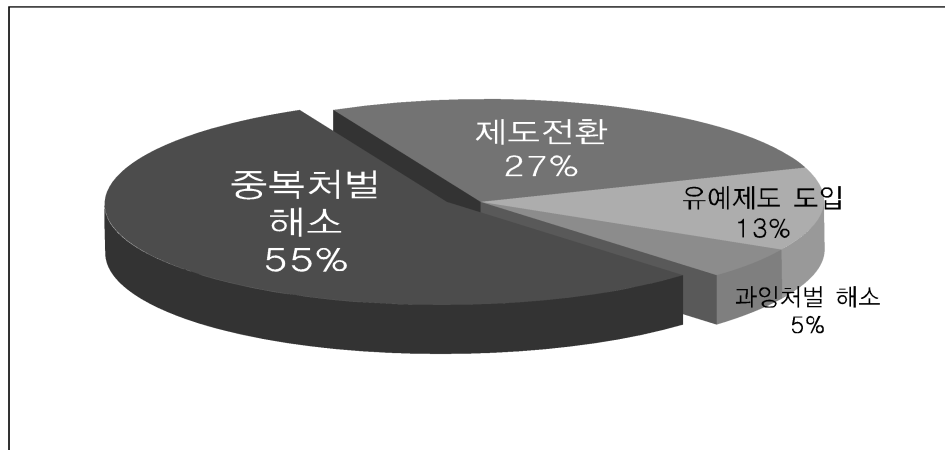
- 전국경제인연합회가 국내 50대 종합건설사를 대상으로 지난 2월 실시한 ‘공공입찰 참가자격 제한 제도 실태 및 인식조사’³⁶⁾의 결과를 보면 조사대상 업체의 73%가 ‘입찰참가자격 제한 제재로 경영 애로를 겪은 적이 있다’고 응답
 - 경영 애로 사항으로는 실제 제재 처분과 함께 ‘제재 여부’로 인해 회사 이미지 저하, 불필요한 법적 대응 비용 증가, 국가·공공기관에 대한 협상력 저하 등이 나타남.
- ‘실제 제재 처분을 받은 경험이 있다’고 응답한 업체는 응답업체의 12%(8개 중 1개사)였으며 제재 사유는 경영난으로 인한 계약 불이행, 회사의 지시 없는 직원의 부정 행위로 인한 회사 처벌 등으로 응답
 - 평균 2.6개월의 입찰참가자격 제한 처분으로 평균 1,000억원 정도의 피해(매출액 기준) 발생

36) 조사기간 : 2011.2.28(금) ~ 2011.3.7.(월), 조사방식 : 설문지 및 전화 조사, 조사대상 : 국내 50대 종합건설사(한국표준산업분류표 기준), 응답률 : 82%(총 41개사 응답).

□ 제도 개선 요구

- 입찰참가자격 제한 제도 개선 방안으로 응답 업체의 55%가 ‘중복처벌의 해소’를 제시하였으며, 다음으로 ‘입찰참가자격 제한 제도 폐지’가 27%, ‘제재 처분 유예제도 도입’이 13%, ‘과잉처벌 해소’가 5%로 나타남.

<그림 2> 입찰참가자격 제한 처분의 개선 과제



자료 : 전국경제인연합회, 공공입찰제도 개선방안-입찰참가자격 제한 제도를 중심으로, 2011.3.

- 구체적인 중복처벌 해소 방안으로는 「공정거래법」, 「건설산업기본법」 등 다른 법에서 처벌받은 경우에는 해당 법률로 처벌하고 입찰참가자격 제한 처분을 부과하지 않는 방안을 제시
 - 입찰참가자격 제한 제도를 폐지하고 과징금, 과태료, 입찰보증금 상향 등으로 전환하는 의견도 제시
 - 경미한 위반 사업자 또는 성실 사업자에 대해 입찰참가 금지 처분의 집행을 보류(유예)하고, 일정기간 법 위반 사실이 없는 경우에는 입찰참가자격 제한 처분을 면제하는 유예제도의 도입 제안
 - 과잉처벌 해소 대책으로는 입찰참가자격 제한 처분시 처분 대상 공종(품목) 및 발주처를 한정하는 방안 제시
 - 또 제재 기간 중에는 낙찰 받은 공사도 계약을 체결할 수 없기 때문에³⁷⁾ 실제 제재기간보다 더 큰 피해가 발생하므로 「국가계약법」 법문에 맞게 제재기간 중 ‘입찰참가’만을 제한하도록 개선이 필요하다는 의견도 제기

37) 시행령 제76조 제10항에 ‘각 중앙관서의 장 또는 계약담당 공무원은 경쟁 입찰에 있어 낙찰된 자가 계약체결 전에 입찰참가자격제한을 받은 경우에는 그 낙찰자와 계약을 체결하여서는 아니 된다’라고 규정.

3. 입찰참가자격 제한 처분 제도의 문제점

□ 제재수단의 실효성 저하와 공공 계약 이행의 차질

- 입찰참가자격 제한 처분은 일정 기간(1월~2년) 동안 해당 기관 및 관련 기관 등의 입찰 참가가 원천적으로 차단되는 것으로 공공시장의 수주가 근본적으로 불가능한 징벌적(懲罰的) 처벌에 해당함.
 - 징벌적 처벌의 효력으로 해당 기업은 관행적으로 ‘가처분 소송’ 등을 제기하여 입찰 참가자격 제한 처분의 효력을 정지
 - 대법원 판결시까지 사실 관계 발생 후 2~3년이 경과된 뒤에 제재 처분을 받게 되어 행정처분의 적합성이 떨어지고 제재 수단의 실효성이 저하되고 있음.
- 입찰참가자격 제한 처분의 경직적 제도 운영으로 동일한 규모에 해당하는 대부분의 기업들이 동일한 사유로 인해 입찰참가자격 제한 처분을 받는 경우 입찰과정에서 공정한 경쟁이 저해될 수 있고 입찰자체가 무산될 여지도 있음.
 - 특혜 초래 소지 등 부작용이 발생하여 공정성과 공공 계약에 대한 신뢰성의 저하가 우려되며, 경쟁력이 높은 업체가 제재를 받으면 효율적인 계약 및 조달업무 수행에 차질 발생 우려

□ 입찰참가자격 제한 사유의 과다

- 입찰참가자격 제한 사유는 공공 계약의 체결 및 이행 과정에서의 불공정행위를 중심으로 규정되어야 하며 거시적인 정책적 목적, 즉 사회적 책임 확대, 기업 윤리 의식 및 공공 계약의 신뢰 제고 등을 실현할 수 있는 사유들이 포함될 수 있음.
 - 현행 제한 사유에는 행위의 성질, 정책 효과, 공공 계약 질서 위반 정도 등 다른 사유들이 포함되어 있고, 계약 질서의 유지 및 계약 이행의 확보와는 직접적인 관련성이 떨어지는 제한 사유들이 포함되어 제한 사유가 너무 많음.
 - 이는 대형 건설사고 및 건설 관련 부패사건 등의 발생에 대한 대증요법적 처벌 법규의 대응과 다른 정책적 목적을 위해 제재 사유에 포함시킨 결과임.

□ 제재 처분 시효 제도의 미도입

- 법률 관계에 있어서 가장 중요한 원칙은 법적 안정성의 원칙 속에서 합목적성을 달성하는 것임.
 - 기업의 법질서 위반행위는 비난받아야 하며 상당한 책임을 부과하여 처벌하는 것이 법의 정신과 합치하나 부정당업자 제재사유 행위에 대한 처벌이 시간적 제한없이 운영될 경우 기업경영에 중대한 불안감과 애로 발생
- 「국가계약법」에서 규정하고 있는 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분의 경우 「형법」상 인정되고 있는 공소시효와 같은 제도가 없음.
 - 입찰참가자격 제한 처분사유가 발생한 후 오랜 시간이 지난 후, 해당 사실을 근거로 부정당업자 제재 처분을 할 경우 법적 안정성과 기업 활동의 불안감 증대

◆ 「형법」에는 일정 기간이 지나면(공소시효가 완성) 실체법상 형벌권이 소멸되어 검사는 공소를 제기할 수 없는 공소시효제도(「형사소송법」 326조)를 운영

- 사형에 해당하는 범죄는 25년
- 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄는 15년
- 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄는 10년
- 장기 10년 미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄는 7년

V. 건설업체에 대한 중복 처벌 개선 방안

1. 중복처벌 개선 방안

- 입찰참가자격 제한 사유 중 계약 체결 및 이행 과정의 불공정행위에 해당하는 사유는 행정제재 처분을 주된 처벌로, 그리고 뇌물수수, 입찰담합 등은 해당 법률에서 정한 행정형벌을 주된 처벌로 시행
 - ‘입찰담합’, ‘뇌물공여’ 등의 행위로 적발된 건설업체는 「공정거래법」, 「건산법」 등에 근거하여 행정형벌로만 처벌하거나 입찰참가자격 제한 처분에 갈음하는 다른 제재수단을 통해 처벌하도록 「국가계약법」을 개정

<표 11> 「국가계약법」 개정(안)

현 행	개선(안)
제27조(부정당업자의 입찰참가자격 제한) ① 각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여 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. ② 삭제('97.12.3)	제27조 ① 각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여 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 <u>해당자의 입찰참가자격을 제한하여야 한다. 다만, 건설산업기본법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등 다른 법률에 이에 대한 영업정지, 과징금 등 제재규정이 있거나 벌금 등 벌칙 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</u> ② 각 중앙관서의 장은 제1항 규정에 의하여 입찰참가자격을 제한한 경우 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 하며, 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 해당자의 입찰참가자격을 제한하여야 한다.

- ‘입찰담합’, ‘안전사고’, ‘뇌물공여’ 등에 대한 처벌은 다음과 같이 해당 법률로 처벌
 - 특히 뇌물수수에 대해서는 2012년 5월 25일부터 「건산법」에 제82조의 2(부정한 청탁에 의한 재물 등의 취득 및 제공에 대한 영업정지 등) 조항 신설로 이른바 ‘2진 아웃제’³⁸⁾가 시행되어 「건산법」에 의한 처벌만으로도 처벌의 실효성이 확보되고 「국가계약법」에 의한 추가적인 입찰참가자격 제한 처분의 실효성이 저하
 - 입찰담합에 대해서도 입찰참가자격 제한 처분에 갈음하는 과징금 제도가 도입되면 추가적인 행정제재 처분의 필요성 저하
 - 부정 하도급과 안전사고 등은 실제적으로 공공계약의 이행과 관련성이 미흡하므로 입찰참가자격 제한 사유에서 삭제하고 해당 법률로 처벌

<표 12> 중복처벌 개선 방안

해당 조항	개선 방안
제2호 : 부정 하도급	「건설산업기본법」으로 처벌 또는 과징금 대체
제5호 : 안전사고	「산업안전보건법」으로 처벌 또는 과징금 대체
제7호 : 담합행위	「공정거래법」으로 처벌 또는 과징금 대체
제10호 : 뇌물수수	「건설산업기본법」으로 처벌 또는 과징금 부과

38) 최초 ‘뇌물공여’로 적발되면 1년 이내의 영업정지 또는 영업정지에 갈음하는 10억원 이하의 과징금을 부과하고, 3년 이내에 다시 동일한 위반행위를 한 경우에는 2년 이내의 영업정지 또는 영업정지에 갈음하는 과징금 20억원(영업정지를 명할 경우 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우)을 부과하고, 3년 이내에 2회 이상 동일한 위반행위를 한 경우에는 건설업 등록을 말소하도록 하는 제도.

2. 부정당업자 제재 처분의 효력범위 조정

□ 대내적 효력 범위의 개선

- 제재 처분대상 기업의 모든 조직(부서) 및 물량(조달의 경우)의 공공계약 입찰참가가 금지되어 위반 정도가 낮은 부정당행위에 대해서는 과도한 처벌 소지가 있고 공공계약 이행 차질이 발생 가능
 - 따라서 특정한 경우, 부정당업자 제재의 효력을 처분대상 기업의 특정 영업, 특정 조직(부서) 또는 물량으로 한정하여 입찰참가를 금지하도록 개선 필요
 - 미국은 예외적으로 부정당업자 제재를 특정 부서, 조직, 물품 등으로 한정하여 내릴 수 있으며, 캐나다는 불량 실적 회사의 특정 지역사무소, 특정 생산라인으로 부정당업자 제재를 한정할 수 있음.
- 부정당업자의 효력을 일정한 경우에 처분 대상자의 특정 조직, 물품으로 한정하도록 제도 개선
 - 요건은 법률에서 공공계약 및 조달의 이행에 차질이 있는 경우, 공공의 이익을 위해 필요하다고 인정되는 경우 등으로 정함.
 - 공공계약 및 조달에 차질이 있는 경우는 부정당업자 제재가 다수의 대상자에게 내려지는 경우, 제재 처분의 대상자가 특별한 기술, 경험 등을 보유하여 제재가 이루어지면 공공계약 및 조달이 불가능한 경우 등으로 하고, 공공의 이익을 위해 필요하다고 인정되는 경우는 위반 정도에 비해 처분 대상자 조직 전체 또는 물량 전체에 대해 제재하는 것이 과도하다고 인정되는 경우, 제재 처분으로 기업 경영에 큰 차질을 가져올 가능성이 있는 경우 등으로 정함.
 - 구체적으로 건설기업의 입찰참가자격 제한 범위를 공공공사 전체로 정하고 있는 현행 제도를 문제가 발생한 공종 즉, 종합건설업체에 대해서는 ‘도로’, ‘플랜트’, ‘지하철’, ‘철도’, ‘상하수도’, ‘항만’, ‘댐’, ‘택지개발’, ‘주택(재개발 및 재건축)’, ‘주택(신축)’, ‘기타 건축’ 등의 구체적인 공종으로 전문건설업체에 대해서는 업종별(25개 업종)로 입찰참가자격을 제한하도록 조정

<표 13> 건설기업의 입찰참가자격 제한의 대내적 효력 범위 개선(안)

현행	개선(안)
<ul style="list-style-type: none"> 공공공사 전체의 수주 제한 	<ul style="list-style-type: none"> 문제가 발생한 공종의 수주 제한 종합건설업체 : 도로, 플랜트, 지하철, 철도, 상하수도, 항만, 댐, 택지개발, 주택(재개발 및 재건축), 주택(신축), 기타 건축 등의 구체적 공종으로 제한 전문건설업체 : 25개 업종별로 제한

□ 대외적 효력 범위의 개선

- 부정당업자 제재가 해당 발주기관 이외의 기관에까지 확대·적용되는 효과의 예외를 인정하는 제도적 개선 필요
- 제재 사유를 기초로 대외적 효과의 범위에 차등
 - 부정당업자 제재 사유를 공공계약 질서 위반 정도를 기준으로 필수적 제한 사유와 임의적 제한 사유로 구분하고, 필수적 제한 사유는 입찰참가자격 제한 시는 모든 발주기관에 확대·적용하고 임의적 제한 사유는 해당 기관에 대해서만 입찰참가 금지
 - 영국은 당해 발주기관 입찰참가만이 금지되고, 발주기관별로 임의적 배제사유에 대해서는 선택적으로 운영

<표 14> 부정당업자 제재 사유 구분

구분	입찰참가자격 제한 사유	처분
필수적 제한 사유 (11개)	제1호 : 계약의 부실·조작·부당·부정 이행 제2호 : 부정 하도급 제3호 : 공정위가 요청한 자 제3의2 : 중소기업청장이 요청한 자 제4호 : 조사설계금액·원가계산금액 부적정 산정 제4의2호 : 타당성조사 등의 부적정 산정 제5호 : 안전사고(사망사고) 발생 제7호 : 담합행위 제8호 : 입찰·계약 서류 위조·변조 제10호 : 뇌물수수 제17호 : 사기 등 부정행위로 국가에 손해를 끼친 자 (「지방계약법」의 제33호 위반 포함)	· 입찰참가자격 제한시 모든 발주기관의 입찰참가 금지
임의적 제한 사유 (10개)	제6호 : 계약의 불체결·불이행 제9호 : 고의 무효입찰 제11호 : 입찰 불참가 제12호 : 입찰참가·계약이행 방해 제13호 : 감독·검사의 방해 제14호 : 계약이행 능력 심사 서류 미제출 또는 제출 후 심사 포기 제14의2호 : 입찰금액 적정성 심사 서류 미제출 또는 제출 후 심사 포기 제15호 : 턴키입찰시 실시설계서 미제출 제16호 : 부적절한 감리원 교체 제18호 : 공공계약 관련 사전누출금지 정보 무단 누출자	· 입찰참가자격 제한시 해당 기관의 입찰참가만 제한

- 특정 발주기관에 대해서 예외적으로 입찰참가 허용
 - 모든 발주기관의 입찰 참가를 금지하는 경우에도 예외적으로 특정 발주기관에 대해서는 입찰참가를 허용하도록 하는 예외 규정 필요
 - 영국은 부정당업자 제재를 한 기업에 대해서도 공공의 이익을 위해 필요가 있는 경우에는 입찰참가를 허용
 - 미국도 발주기관의 장 또는 그 위임을 받은 자가 그 기관과 계약자간의 지속적인 거래를 정당화하는 부득이한 사유를 서면으로 제출한 경우는 입찰 참여 허용
 - 캐나다는 예외적으로 희소성과 중요성이 입증되는 특허권 보호 대상 물품의 유일한 공급업체인 경우, 긴급하거나 국가 안보와 관련된 경우에는 예외적으로 입찰참가 허용(다만 조달 조건, 조달기관, 조달권한 등은 통보하거나 고시)
 - 요건은 미국과 캐나다의 경우를 참조하여 결정

□ 입찰참가자격 제한 사유의 조정과 처분의 다양화

- 입찰참가자격 제한 사유를 다음의 유형으로 구분하여 개선을 추진
 - 범죄행위 기타 범법행위에 대한 제재로서 주로 징벌적 또는 예방적 효과를 위한 것으로 계약이행능력과 직결되지 않는 사유
 - 조달절차의 원활한 수행을 위한 절차적인 문제로 계약이행능력과 직결되지 않는 사유
 - 체결된 조달계약의 채무불이행에 대한 제재로 조달계약의 완전이행을 강제하는 사유
 - 장래의 계약 이행과 관련이 있는 사유

<표 15> 입찰참가자격 제한 처분의 개선 방안

구분	해당 조항	개선 방안
계약질서 파괴 및 법법 행위	① 제2호 : 부정 하도급	「건설법」 처벌
	② 제5호 : 안전사고	「산업안전보건법」 처벌
	③ 제7호 : 담합행위	「공정거래법」 처벌
	④ 제10호 : 뇌물수수	「건설법」 처벌
계약의 원활한 이행을 위한 절차적 문제 (계약이행능력과 무관)	① 제3호 : 「공정거래법」, 「하도급법」 위반 ② 제3의 2 : 「상생협력법」 위반 ③ 제6호 : 계약체결 거부 ④ 제9호 : 고의 무효 입찰 ⑤ 제11호 : 입찰 불참가 ⑥ 제12호 : 입찰참가·계약이행 방해 ⑦ 제14·14의2호 : 심사서류 미제출·심사포기 ⑧ 제15호 : 실시설계서 미제출 ⑨ 제16호 : 부적절한 감리원 교체 ⑩ 제17호 : 사기 등 부정행위로 국가에 손해를 끼친 자 ⑪ 제18호 : 공공 계약 관련 사전누출금지 정보 무단 누출자	과징금, 과태료 부과
기 체결된 계약의 불이행	① 제6호 : 계약의 불체결·불이행	입찰참가자격 제한
장래의 계약이행	① 제1호 : 계약의 부실·조작·부당·부정이행 ② 제4·4의2호 : 조사설계금액·타당성조사 등의 부적정 산정 ③ 제8호 : 문서위조·변조 ⑤ 제13호 : 감독·검사의 방해	입찰참가자격 제한

- 범죄행위는 해당 법률에 의해 처벌하고 안전사고 및 하도급 규정 위반 등 계약 질서, 계약 이행과 관련성이 미흡한 사유는 제재 사유에서 삭제하거나 과징금으로 대체
 - 계약체결 거부(제6호), 고의 무효 입찰(제9호), 입찰 불참가(제11호), 입찰참가·계약 이행 방해(제12호), 심사서류 미제출·심사포기(제14·14의2호), 실시설계서 미제출(제15호), 부적절한 감리원 교체(제16호) 등의 사유는 과징금 또는 과태료의 부과 대상으로 개선 검토
- 입찰참가자격 제한 처분 외에 차별적인 계약 조건의 부과, 입찰서류 등의 추가 요구 등으로 제재 수단을 다양화하는 방안도 검토

□ 유예제도 도입

- 건설업체가 성실하게 영업을 영위하였어도 단 한 번의 임직원 관리 부주의로 입찰 참가자격 제한 처분을 받으면 기업 경영에 심각한 타격을 입을 수 있음.
 - 공공 계약질서 보호라는 공익적 측면을 감안하더라도 성실 사업자가 경영난을 겪게 된다면 국가 경제적으로도 바람직하지 않음.

- 입찰참가자격 제한 유예제도는 ‘일자리 창출에 기여한 업체 및 성실한 계약이행 업체 등’에 대해 제재처분의 집행 효력을 유예하는 것임.
 - 예를 들어 일자리 창출에 기여한 업체는 전년 대비 상시근로자가 일정비율 이상(예를 들어 3~5% 이상) 증가하고 최근 2년 간 2건 이상의 계약에서 부정당업자 제재 사실이 없는 업체
 - 성실한 계약이행 업체는 최근 3년 간 3건 이상의 계약에서 부정당업자 제재 및 계약이행을 지체(하자 등 불완전한 이행 포함)한 사실이 없는 업체
- 제재처분 유예기간은 제재기간의 2배 범위 내로 정하고 일자리 창출에 기여한 업체는 유예기간 동안 전년 대비 증가한 상시근로자 고용을 유지
 - 유예기간 중 유예조건 위반 및 새로운 제재사유 발생시 당초의 부정당업자 제재 효력이 발생
- 주요 선진국에서도 부정당업자 제재 유예제도와 유사한 제도를 운영
 - 영국의 경우, 절대적 배제사유에 해당하여 부정당업자 제재를 받은 경우에도 공공의 이익을 위해 필요가 있는 경우에는 그 효력을 유예하여 입찰참가를 허용

□ 제재 시효 제도 도입

- 부정당업자 입찰참가자격 제한 사유가 발생한 후 일정 기간 부정당업자 제재 처분이 내려지지 않을 경우, 해당 기간이 경과 후에는 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분을 면제하도록 관련 규정을 개정하여 ‘제재 처분의 시효제도’ 도입을 검토
 - 기간은 5~7년으로 하고 10년을 넘지 못하도록 하고 ‘제재 처분의 시효제도’는 「국가계약법」 시행령 제76조에 관련 조항을 신설하여 추진하는 것이 적절함.

<표 16> 「국가계약법」 시행령 제76조 제13항 신설(안)

현행	개선(안)
신설	⑬ 제1항 각호에서 정하고 있는 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분은 처분을 내릴 사실이 발생한 후 5~7년이 경과되면 해당 처분을 면제한다.

VI. 조달청 등의 부정당업자 제재 처분에 대한 대안 검토

□ 최근의 부정당업자 제재 내용과 원인

- 최근 조달청, 한국토지주택공사, 한국도로공사, 한국전력공사 등은 최저가낙찰제 입찰에 저가심의 허위 서류(세금계산서 위조 등)를 제출한 98개 업체에 대해 부정당업자 제재 처분을 부과할 예정
 - 제재 원인은 최저가 낙찰공사 입찰시 제출한 저가심의용 세금계산서의 위조로 「국가계약법」 시행령 제72조 제1항 제8호³⁹⁾ 위반임.
 - 제재 처분 기간은 낙찰자에 대해서는 1년, 입찰 참가자에 대해서는 6개월임.

□ 부정당업자 제재의 문제점 검토

<제도의 구조적 한계가 제재 처분 야기>

- 조달청 등 발주기관은 현재는 해당 서류의 제출이 폐지되었지만 법 위반 사실은 명백하므로 해당 업체에 대한 제재 처분은 정당하다는 입장임.
 - 그러나, 감사원은 지난해 11월 해당 세금계산서 제출과 관련하여 발주기관이 최저가 공사에 참여하는 입찰자들이 제출하는 절감 사유서의 진위를 확인하지 않거나 진위 확인이 불가능한 절감 사유를 인정한 상황에서 저가 심의를 운영하여 입찰자 대부분이 서류를 위·변조해 제출하는 것이 관행화됨에 따라 최저가낙찰제도가 입찰제도로서의 기능을 상실하였다는 감사 결과를 발표
 - 즉, 감사원은 최저가낙찰제도의 구조적 한계로 인해 세금계산서 등을 제출하는 것은 제도 운영상 타당성이 미흡함을 지적한 것으로, 조달청 등 발주기관은 감사원의 제도 권고를 수용해 세금계산서 등을 저가 심사용 서류에서 제외(조달청 지침 개정, 2011. 6. 11)하여 스스로 제도의 타당성 결여를 인정
 - 결국 최저가낙찰제도의 구조적 한계를 고려하지 않은 타당성이 결여된 제도 운영으로 인해 건설업체의 허위 서류 제출이 유발된 측면도 있음.

39) 8. 입찰 또는 계약에 관한 서류(제39조의 규정에 의하여 지정정보처리장치에 의하여 입찰서를 제출하는 경우의 「전자서명법」 제2조 제8호의 규정에 의한 공인인증서를 포함한다)를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위 서류를 제출한 자.

- 또한, 지난 2008년 7월 국가경쟁력강화위원회는 ‘기업 활동과 국민생활 편의 제고를 위한 행정제재 처분의 합리화 방안’에서 다음과 같은 제재 처분의 문제점과 폐해를 지적하였음.
- ‘위반 행위에 비해 제재 처분이 지나치게 과도하여 단순 경미한 위반 행위에 대해서 1차 위반시부터 장기간의 영업정지나 허가 취소 등 지나치게 가혹한’, ‘행정제재 처분이 법 준수 유도를 위한 자진 시정 기회의 제공도 없이 처벌 위주로 운용되고 있어 국민과 기업의 불편 야기’ 등임.
- 이번 부정당업자 제재는 이와 같은 정부 정책의 시행과 배치되어 국가 정책에 대한 신뢰를 저하시키고 기업 활동에 매우 큰 부담으로 작용

<법리적 문제점>

- 법리적 문제점을 보면 우선 부정당업자 제재 처분은 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항 각호의 사유에 해당한다는 사실만으로 기계적으로 처분해야 하는 것은 아님.
- 제재사유 해당 외에 「국가계약법」 제27조에 따라 장래 입찰에 참여하게 될 경우에 ‘공정한 경쟁’이나 ‘계약의 적정한 이행’을 해칠 염려가 있어야 한다는 요건까지 충족되어야 처분 가능 [서울고법 판결(2010누21145, 2011.4.13) 및 기재부 유권해석⁴⁰⁾]
- 다음으로, 부정당업자 해당 요건이 ‘불확정 개념’으로 규정되어 있어 처분청의 합리적 재량에 따른 판단이 필요하며, 대법원도 ‘법령상 요건이 불확정 개념인 경우 그 해당 여부를 판단함에 있어서는 행정청에게 재량권이 있다’고 판시(2004두6181 판결)
- 즉, 처분청은 부정당업자제재처분제도의 목적, 관행, 경위, 위반 행위의 경중, 입찰을 제한하지 않으면 입찰의 공정성에 미칠 영향, 제재 처분에 따라 건설업체가 받게 될 불이익 정도 등 구체적·개별적 사정을 종합적으로 고려하여 제재 처분 여부 등을 합리적으로 결정하여야 함.
- 또한, 유·무죄의 판단이 정확하였다고 하더라도 양형(量刑)의 합리화가 인정되지

40) 기획재정부는“공기업·준정부기관은 입찰참가자격 제한 처분을 함에 있어 당해 업체의 계약이행 실적, 위반사유의 중요성 등을 고려하여 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 우려가 있거나 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는지 여부 및 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는지 여부 등을 판단하여야 한다”고 유권해석(회계제도과 - 1064, 2010.7.9.).

아니하면 공정한 재판이 아니라는 것이 「형법」의 일반적인 원칙⁴¹⁾이며 행정 처분도 처분시의 법을 중심으로 적용

- 허위 세금계산서 제출은 행위시에는 처벌의 대상이 되었으나 처벌이 이루어지는 현재는 발주기관 스스로 문제점을 인정하여 제출 대상에서 삭제하였기 때문에 행위시의 처벌 기준을 적용하는 것은 비례의 원칙에 부합하지 않음.
- 특히, 현재 처벌 대상도 아닌 위반 행위를 이유로 1개 기업도 아닌 100여 개 기업의 공공 수주 활동을 전면적으로 금지시키는 처분은 처분 대상과 효력 범위의 포괄성으로 인해 ‘과잉 처분’에 해당

<경기도의 면책 결정>

- 경기도는 지난 11월 29일 계약심사위원회를 개최하여 저가심의용 허위 세금계산서를 제출한 12개 업체에 대해 부정당업자 제재를 면책하는 결정을 내림.
- 경기도 계약심사위원회의 면책은 조달청이 제도 운영상의 문제점을 이유로 저가심의 증빙 자료로 인정해주던 세금계산서 제출 관련 조항을 삭제한 점과 건설경기 침체 지속, 해외건설 수주 악영향 우려, 국가경제 특히 지역경제·서민경제에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려한 조치로 합리적 재량의 범위에서 처분을 면제
- 따라서 동일한 사안에 대해 중앙정부와 지방정부의 행정제재 처분이 다르게 내려지는 행정적 모순에 대한 해결 필요

□ 부정당업자 제재 처분의 파급 효과

<공공공사 계약 및 이행의 차질>

- 유럽 재정위기로 인해 경제가 침체되고 있는 가운데 정부는 경기 활성화를 위하여 2012년 재정 조기 지출 등의 정책을 발표하여 2012년 초에 대형공사 등의 조기 발주가 예상됨.
- 이번 부정당업자 제재 처분 대상 업체가 국내 대형공사의 70% 이상을 수행하고 있어 제재시 대형공사의 정상적인 입·낙찰이 어려워질 가능성이 매우 높으며, 특히 기술경쟁으로 우수업체를 선정하는 턴키·대안입찰은 사실상 중단이 우려됨.

41) 이형국, 형법총론연구 II, 777면, 법문사, 1986.

- 정부의 경기 활성화를 위한 재정 조기 지출 등 정책의 의미가 반감되고 공공공사 수행의 심각한 차질이 우려됨.

<국가경제 침체 요인으로 작용>

- 처분 대상 업체 100여사가 직접 고용하고 있는 상시종업원 약 10만명과 하도급 협력업체 4만여개사와 자재·장비업체 6만여개사 등에 고용된 470여만명 정도의 고용에 부정적 영향을 미칠 것으로 예상
 - 공공공사를 수주하지 못해 처분 대상 업체는 물론 하도급업체 등 협력업체도 경영상 어려움을 겪어 일자리 감소, 지역경기 침체 등 국가경제에 미치는 파급효과가 막대
 - 건설경기 침체가 지속되고 있는 상황에서 건설경기 침체를 장기화하고 워크아웃·법정관리 중인 업체(100대 기업 중 25개사)에게는 치명적인 시장 퇴출 요인으로 작용

<해외건설 수주 장애 요인>

- 2010년 해외건설 수주금액 중 처분 대상 업체의 수주 비중이 70.9% (56.8조원)에 달하고 있음.
 - 경쟁국가 업체가 이를 악용해 해외 건설공사 수주에 큰 장애요인으로 작용하고 개별 기업은 물론 국가신인도에도 악영향을 끼쳐 국민경제에 유·무형의 엄청난 피해 초래 우려
 - ※ 실제 2007년 7월 서울지하철 7호선 담합 관련 공정위 처분 내용이 월스트리트저널에 보도되면서 당시 쿠웨이트 AL-Zour 정유공장 프로젝트(120억 달러) 수주전에서 경쟁국 기업이 발주처를 상대로 방해 공작을 하여 SK건설이 수주에 실패한 적이 있음.

□ 부정당업자 제재 처분의 대안 검토

<부정당업자 제재 면책 또는 유예 후 과징금 처분해야>

- 우선 부정당업자 제재 처분의 면책을 검토할 수 있는데 허위 세금계산서 제출이 처벌 대상에서 삭제되어 처벌의 필요성, 즉 ‘위법성’이 급격히 저하되거나 소멸되었다는 점과 처분 대상자가 지나치게 많은 점, 건설경기 침체 지속, 해외건설 수주에 악영향 우려, 국가경제 특히 지역경제·서민경제에 미치는 영향 등이 근거 사유가 될 수 있음.

- 다음으로, 이번 부정당업자 제재 처분을 유예하고 현재 국회에 계류 중인 ‘과징금 제도’가 도입되면 과징금으로 처벌하는 것을 검토할 수 있음.
- ‘부정당업자 제재 처분에 갈음하는 과징금 제도’는 ‘부정당업자의 책임은 과중하나 입찰참가자격 제한시 국가사업 차질 등 부작용이 우려되는 경우’ 등을 위해 도입된 것으로 현재의 상황에 가장 부합하고 합리적인 처벌로 판단

<부정당업자 제재 효력의 대내·외적 효력 범위의 조정>

- 현행 부정당업자 제재 처분은 처분 효력의 포괄성으로 대외적으로 모든 공공 발주기관의 입찰 참여가 차단되고 처분 대상 기업 내부적으로는 공종을 불문하고 공공 수주가 차단됨.
- 따라서 제재 처분의 내용을 대외적으로는 해당 발주기관의 입찰참가만 차단하고, 기업 내부적으로는 문제가 된 입찰참가 공종에 대한서만 입찰참가를 제한하는 등 처분의 내용을 조정할 필요가 있음.
- 현행 부정당업자 제재 처분에는 이러한 내용이 규정되어 있지 않으나 이와 같은 제재 처분 내용의 조정은 행정적으로 가능한 것으로 판단됨.

<표 17> 제재 처분의 효력 범위 조정

구분	내용
대외적 효력 범위 조정	(현재 처분) 모든 공공 발주기관 입찰 차단 ⇒ (조정 처분) 해당 발주기관만 입찰 차단
대내적 효력 범위 조정	(현재 처분) 모든 공종 공공 발주기관 입찰 차단 ⇒ (조정 처분) 해당 공종만 공공 입찰 참가 차단

강운산(연구위원 · wskang@cerik.re.kr)