

현행 부정당업자제재제도의 문제점 및 개선 방안

2013. 11

두성규

■ 부정당업자제재제도의 개선 필요성	4
■ 부정당업자 제재 현황	5
■ 외국의 부정당업자 제재 시스템	9
■ 부정당업자제재제도의 문제점	17
■ 부정당업자제재제도의 개선 방안	26

한국건설산업연구원

Construction & Economy Research Institute of Korea

요 약

▶ 부정당업자에 대한 제재는 거래 질서의 적법성 및 거래 과정의 투명성 확보를 위하여 불가피하지만, 계약 질서 침해 정도의 경중(輕重)에 상관없이 확실적으로 처벌하거나 각각의 행위에 대한 관련 법령상의 제재 외에 모든 발주처의 입찰 참가 제한을 병과(並科)한다면 위반 행위의 위법성과 비교하여 과중하다는 비판을 면할 수 없을 것임.

▶ 현행 제도의 구체적 문제점으로는,

- i) 부정당업자 제재 대상 행위 유형이 21가지나 될 정도로 다수이고, 그 중 일부는 해당 법령에 의한 제재 외에 입찰참가자격 제한 등이 병과되고 있어 이중 처벌 우려
- ii) 입찰참가자격 제한을 받으면 대부분의 공공공사 입찰에 참여할 수 없게 되어 사실상 영업 중단에 따른 업체 존폐가 우려되므로 '이익 형량의 원칙'에 반함.
- iii) 현행 부정당업자 제재 대상 행위의 각 구성 요건의 해석과 관련하여 논란의 여지가 있기 때문에 사실상 입찰 참여 행위 자체를 옥죄는 상당한 제약 요인이 되고 있음.
- iv) 담합 등에 대한 입찰참가자격 제한 조치를 위하여 공정위로부터의 입찰참가자격 제한 요청이 필요한가에 관해 「국가계약법」 시행령 내 규정간 불일치로 적용상 혼선
- v) 부정당업자 입찰참가자격 제한은 징벌적 성격을 갖고 있지만 공소시효가 적용되지 않아 건설업체는 언제까지나 제재에 대한 불안감을 안고 입찰 준비를 해야 하는 모순
- vi) 「공정거래법」 상 '리니언시'제도가 도입되어 있지만 자진 신고한 자에 대해 입찰참가자격 제한 처분을 하고 있어 '특별법 우선의 원칙'과 '금반언(estoppel) 원칙' 등에 반함.

▶ 개선 방안으로는,

- 입찰참가자격 제한을 대체한 과징금의 부과 대상에서 「국가계약법」 시행령상의 일부 위반 행위 유형을 제외한 것은 현실을 제대로 반영하고 못한 것으로 수정 필요
- 입찰참가자격 제한 사유의 합리적 재조정을 위하여 i)부정당업자 제재를 '징벌적 운영'에서 '유도적 운영'으로, ii)타 법령에서 별도 제재 규정을 두고 있는 경우 그에 따르고, iii)계약 자유의 원칙 등에 반하는 「국가계약법」 시행령상의 구성 요건 일부 수정 필요
- 입찰참가자격 제한 사유가 발생한 후 일정 기간 내 제재 처분이 없는 경우 처분을 면제토록 하여 건설업체의 안정적인 영업 활동이 가능하도록 시효 제도 도입 적극 검토
- 담합 행위 등의 위반에 대한 제재를 위한 공정위의 입찰참가자격 제한 요청의 필요 여부는 필요한 것으로 해석하되, 법적 명확성을 제고하기 위하여 「국가계약법」 시행령에 명시
- '리니언시(leniency)'를 한 자에 대하여는 입찰참가자격 제한의 예외를 인정토록 「국가계약법」 시행령에 명시하여 법적 안정성을 확보할 필요

I. 부정당업자제재제도의 개선 필요성

- 공공 계약의 체결을 전후하여 거래 질서의 적법성 및 거래 과정의 투명성 확보는 당연한 것이라고 할 수 있으며, 현재 「국가계약법」 등 관계 법령에서는 거래 질서를 확립하고자 이를 어지럽히는 부정당업자가 있을 경우에 엄중한 제재를 하고 있음.
- 그러나, 부정당업자 제재 처분 사유에 해당되는 기업이라고 해서 계약 질서 침해 정도의 경중(輕重)에 상관없이 모든 발주처의 입찰 참가를 제한할 수 있도록 규제를 가한다면 법 위반 행위의 위법성에 비해 때로는 과중하다는 비판을 면할 수 없을 것임.
- 특히 부정당업자에 대한 제재조치 중 입찰참가자격 제한 처분의 경우, 다른 법질서의 훼손 행위에 대한 제재의 경우와 마찬가지로 당연히 그 내용과 범위는 행위의 경중에 따라 합리적인 수준에서 이루어져야 함.
- 처분의 대상자인 기업에게는 해당 입찰을 포함하여 제재 처분의 기간 동안 모든 공공 계약의 입찰에 참여할 수 없게 되어 사실상 '사형 선고'와 다름없기 때문임
- 이를 위해서는 부정당업자에 대한 제재가 공공 계약 질서 침해의 내용과 정도에 맞는 수준의 관계 법령 정비가 요구되지만, 공공 계약 질서 침해 정도와 비교할 때 제재 처분이 과중하거나 사실상 이중 처벌과 다름없을 정도의 사례도 적지 않음.
- 또한 부정당업자 제재가 입찰참가자격 제한 위주로 운영되고 있기 때문에 기업의 유지 존속을 위하여 영업을 계속할 수 있도록 부정당업자 입찰참가자격 제한 '처분'의 효력을 법원의 최종 확정 판결 때까지 잠정적으로 정지시킬 수 있는 법적 수단에 기업들의 관심이 집중되고 있어 제재 처분 자체의 실효성에 의문이 제기되고 있음.
- 따라서 본 연구에서는 위반 행위 대비 과도한 제재로 인한 기업의 부담과 충격이 심각하다는 부작용을 개선할 수 있도록 입찰참가자격 제한 처분을 중심으로 부정당업자에 대한 제재 기준과 '리니언시(leniency)' 등 관련 제도의 개선 방안을 살펴보고자 함.

II. 부정당업자 제재 현황

1. 부정당업자 입찰참가자격 제한 제도

- 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분(이하 부정당업자 제재 처분) 제도는, 국가기관 등이 실시하는 입찰 및 체결한 계약의 이행 등이 불성실한 자에 대하여 당해 1월 이상 2년 이하의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한하여 동 기간 동안 국가기관, 지자체 및 공기업·준정부 기관이 실시하는 입찰에 참가하지 못하도록 하는 제도를 말함.
- 부정당업자 입찰참가자격 제한 등 제재 처분의 법적 근거는 다음과 같음.
 - 국가기관 : 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 국가계약법)」
 - 지방자치단체 : 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 지방계약법)」
 - 공기업·준정부 기관 : 「공공기관 운영에 관한 법률」
 - 기타 공공기관 : 「기타 공공기관 계약사무 운영 규정」
 - 지방 공기업 : 「지방공기업법」
- 부정당업자 제재 기간은 1월 이상 2년 이하의 범위 내에서 제재 사유별로 규정하고 있는데, 제재 처분 기간의 가중·경감은 동기·내용 및 횟수 등을 참작하여 제재 기간의 1/2의 범위 내에서 가중 또는 감경이 가능함(「국가계약법 시행규칙」 제76조).
- 경감하는 경우에도 1개월 이상이어야 하며, 가중시에도 2년 초과할 수 없음.
- 부정당업자 입찰참가자격을 제한하는 사유는 다음과 같이 열거하고 있음.

<표 1> 부정당업자 입찰참가자격 제한 사유

입찰참가자격 제한 사유
제1호 : 계약의 부실·조작·부당·부정 이행
제2호 : 부정 하도급
제3호 : 「공정거래법」 위반
제3의2호 : 중소기업청장으로부터 입찰참가자격 제한 요청
제4호 : 조사설계금액·원가계산금액 등의 부정적 산정
제4의2호 : 타당성조사 등의 부정적 산정
제5호 : 안전사고(사망사고) 발생

입찰참가자격 제한 사유
제6호 : 계약의 불체결·불이행
제7호 : 담합 행위
제8호 : 입찰·계약 서류 위조·변조
제9호 : 고의 무효 입찰
제10호 : 뇌물 수수
제11호 : 입찰 불참가
제12호 : 입찰 참가·계약 이행 방해
제13호 : 감독·검사의 방해
제14호 : 계약이행능력 심사 서류 미제출 또는 제출 후 심사 포기
제14의2호 : 입찰 금액 적정성 심사 서류 미제출 또는 제출 후 심사 포기
제15호 : 턴키 입찰시 실시설계서 미제출
제16호 : 부적절한 감리원 교체
제17호 : 사기 등 부정 행위로 국가에 손해를 끼친 자
제18호 : 공공 계약 관련 사전 누출 금지 정보 무단 누출자

주 : 밑줄 친 사유는 부정당업자 제재 처분을 통보받은 경우, 반드시 입찰참가자격을 제한하는 경우

참고 : 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항.

- 「지방계약법」 제31조와 동법 시행령 제92조에서는 부정당업자 제재 처분 사유와 관련하여 「국가계약법」에서 규정하고 있는 제재 처분 사유 외에 「지방계약법」 제33조 규정을 위반하여 계약 또는 수의계약을 체결한 경우를 포함하고 있음.

2. 부정당업자 제재 처분의 법적 성격

- 「국가계약법」 등에서 규정하는 ‘부정당업자 입찰참가자격 제한’은 단순한 사법상의 계약과 공익을 위한 공법적 규제가 결합된 제도임.
- 부정당업자 제재 처분의 대상인 공공 계약의 경우 ‘국가·지자체·기타 공법인·공무수탁사인을 일방 당사자로 하는 계약’으로, ‘사인(私人)이 행하는 유상에 의한 공사의 완성 또는 작업 기타 역무의 공급, 물건의 납입 등을 내용으로 하는 것’이기에 질적으로 사법상의 계약인 국고행위(國庫行爲)에 속함.
- 하지만, 독립적인 계약 법령에 기초하여 운영되고 있기 때문에 ‘공적 계약’의 성격이 결합된 계약으로 파악할 수 있음.
- 부정당업자 제재 처분은 공공 계약의 공적 성격에 기초하고 있으며, 이에 따라 입찰참가의 제한을 통한 영업의 금지·제한 등이 가능함.

- 공공부분 계약 과정에서 발생하는 계약 질서 위반 및 침해 등 불법행위에 대해서 엄격한 처벌이 이루어져야만 공공 계약의 투명성이 제고될 수 있으며, 중요한 공공 계약법 질서를 위반한 기업에 대해 명확한 기준과 절차에 따라 제재가 이루어져야 함.
- 입찰참가자격 제한 처분은 일정한 의무 위반에 대한 ‘제재’로 형사 처벌과 유사한 성격을 갖고 있음
- 하지만, ‘공익’을 위한 ‘공법적 성격’에 기초하여 부과되는 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분이라고 해도 그 내용과 범위는 당연히 합리적인 수준에서 이루어져야 함.
- 법령에 열거된 제재 사유 가운데 단순한 계약상의 의무 위반 정도로 경미하거나 제재기준이 불명확한 경우에는 제재 현실을 반영하여 합리적 조정 또는 명확한 개선 필요

3. 제재 처분 현황

- 2007년 이후 2010년 7월 현재까지 시설공사에 대한 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분은 1,479건에 달하고 있어 전체 제재 처분 4,924건의 30.0% 수준임.
- 제재 기관별 처분 현황을 보면 부정당업자 제재 총 4,924건 중 선택적 제재 사유가 4,222건(85.7%)인 것과 달리 의무적 제재 사유는 702건으로 14.3% 차지

<표 2> 기관별 제재 현황

(단위 : 건)

구 분	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	1,572	23	161
지자체	1,450	159	305	26	960
교육기관	498	67	314	7	110
공기업·준정부기관	724	54	281	22	367
기타 공공기관	9	0	1	0	8
지방 공기업	12	3	2	0	7
기타 기관	58	2	22	0	34

자료 : 조달청(2007~2010. 7월 현재).

- 연도별 부정당업자 제재 현황을 살펴보면 2012년도의 경우 233건으로 2011년도 대비 27.4% 감소하였는데, 이는 시설공사 분야의 부정당업자 제재 처분이 2011년도 133건 대비 32.3%에 불과하기 때문으로 분석됨.
- 주요 감소 요인으로는 2011년도에 다수의 건설업체가 최저가 공사의 입찰 금액 적정성 평가와 관련하여 증빙 서류를 허위로 제출함에 따른 부정당업자 제재를 받은 특수성에 기인하고 있음.

<표 3> 연도별 제재 현황

(단위 : 건)

구 분	2008년	2009년	2010년	2011년	2012년	계	(%)
물품구매	221	279	229	188	190	1,107	75.5
시설공사	52	67	64	133	43	359	24.5
계	273	346	293	321	233	1,466	100

자료 : 조달청 조달연보(2012).

- 부정당업자 제재 처분의 기간별 현황을 보면, 6월 이하의 제재 처분은 2,078건으로 전체의 42.2%를 차지하고 있으며, 6월 이상에서 1년 이하의 제재 처분은 53.0%를 차지하고 있음.
- 1년 이상의 제재 처분은 236건으로 4.8%에 불과

<표 4> 제재 기간별 처분 현황

(단위 : 건)

구 분	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

자료 : 조달청(2010. 7월 현재).

- 2012년도 제재 사유별 처분 현황을 보면, 계약 불이행, 계약 미체결 및 적격심사 포기로 인한 제재 처분이 178건으로 전체 제재건 수의 76.4%에 달함.
- 이는 계약상대자가 경영 악화로 인해 계약을 이행할 수 없게 되거나, 사전 규격 검토를 소홀히 하여 입찰 금액을 제대로 산정하지 않고 입찰에 참여한 결과로 추정

<표 5> 제재 사유별 현황

(단위 : 건)

구 분	2008년	2009년	2010년	2011년	2012년	계	(%)
계약 미체결	46	33	24	23	30	156	11
계약 불이행	188	223	137	173	142	863	60
적격심사 포기	27	12	40	11	6	96	7.5
뇌물 제공	2	4	1	6	7	20	1.6
담합 입찰	3	33	1	3	9	49	2.9
부정 행사	6	14	3	1	3	27	1.6
허위서류 제출	-	18	46	94	16	174	10.6
부실·조작 및 부정 시공	1	9	39	9	15	73	4.4
기타 사유	-	-	2	1	5	8	0.4
계	273	346	293	321	233	1,466	100

자료 : 조달청 조달연보(2012).

III. 외국의 부정당업자 제재 시스템

1. 미국

- 미국의 경우, 부정당업자 제재 제도는 1984년부터 민간부문과 군사부문을 포괄하는 행정입법인 연방조달규정(Federal Acquisition Regulation ; FAR)에 근거하여 운영되고 있음.
- 연방조달청(GSA) 조달행정 기준(GSAM, General Services Administration Manual), 국방부 조달 기준(DFAR, Defense Federal Acquisition Regulation Supplement) 등 연방조달규칙을 보충하는 규정(supplement)에서도 부정당업자 제재에 관한 규정을 두고 있음.
- 우리나라와 마찬가지로 사법상의 계약과 공적 계약이 결합된 성격으로 해석되는 공공 계약의 경우 부정당업자 제재는 재량적 조치이며, 처벌 목적이 아닌 정부를 보호하기 위한 공익 목적만으로 적용되어야 한다고 명시하고 있음.
- 부정당업자 제재는, 제재 효력 기간이 확정적인 ‘발주 금지(debarment)’와 조사 및 후속 법적 절차 진행 기간으로 효력이 한정되는 ‘임시 자격 정지(suspension)’로 구분됨.

- ‘발주 금지’는 통상적으로 3년 이내로 부과되며, 발주 금지의 제재가 내려지는 사유는 다음과 같음.
 - i) 기업이 근로자 보호, 환경보호, 부패 방지, 불법 취업 방지 등 민사·형사 법률을 위반한 경우
 - ii) 계약의 불이행
 - iii) 해당 기업이 이민과 국적에 관한 법률상 고용 규정을 위반하였다는 점을 국토안보부 장관 또는 법무부 장관이 인정한 경우, 계약이행능력의 신뢰성에 영향을 줄 만큼 심각하거나 또는 중대한 사유가 있다고 인정되는 계약 업체 또는 하도급 업체의 경우 등
- ‘임시 자격 정지’는 기업이 특정 계약을 이행하는 데 필요한 자본, 경험, 기술력, 설비 등의 부족으로 인하여 그 조달 활동에서 요구하는 계약이행능력에 관한 신뢰성을 결여하였다는 조달기관의 결정으로 발주 금지 사유에 해당하지 않거나 명시적으로 발주 금지 조치를 하지 않았음에도 불구하고 사실상 매진 계약에서 문제의 업체가 배제되는 것을 의미함. 통상적으로 정지 기간은 12개월이며, 사유는 다음과 같음.
 - 정부 계약의 입찰 절차나 이행과 관련하여 사기나 범죄 행위를 한 경우
 - 입찰서 제출과 관련된 연방 또는 주의 반독점적 위반 행위
 - 횡령, 절도, 위조, 뇌물, 기록 변조 또는 손괴, 허위 진술, 탈세, 장물 취득 행위
 - 「작업장마약방지법」 위반의 경우
 - 미국에서 판매되거나 미국으로 선적되는 상품이 미국에서 제작되지 않았음에도 불구하고 고의로 원산지를 미국으로 조작하는 행위
 - 불공정 거래 행위를 한 경우
 - 계약 업체 또는 하도급 업체가 현재의 계약이행능력의 신뢰성에 심각하거나 직접적으로 영향을 줄 만큼 신뢰성이나 정직성의 부족함을 드러나는 행위를 한 경우
- 발주 금지, 임시 자격 정지, 발주 금지 예정 등의 처분을 받은 입찰 참가 예정자는 입찰 참가 및 계약 체결에서 배제되며, 각 기관은 이들 입찰 참가 예정자에게 입찰 참가 권유, 낙찰, 하도급 계약 체결 등을 동의해서는 안 됨.
- 부정당업자 제재 처분시 해당 기관장의 별도 결정이 없는 한 이행 중인 기존의 도급 및 하도급 계약은 유효하게 진행됨.

- 또한 이들 업체가 다른 입찰 참가 예정자의 대리인이나 대표로 정부와 계약하는 것도 금지되며, 개별 보증인으로 참여할 수도 없음.

2. 영국

- 영국의 경우, 부정당업자 제재 처분의 법적 근거는 EU 국가 전체에 적용되는 'EU 공공조달지침(Directive 2004/18/EC)' 제45조(후보자 또는 입찰자의 인적 상황)에 의거함.
- 영국 공공계약규정(The Public Contracts Regulations 2006) 제23조(경제적 거래자의 거절에 대한 기준)에 EU 공공조달지침에서 정하는 배제 사유 해당 내용을 반영하여 규정하고 있음.
- 그러나 절대적 혹은 임의적 입찰 참가 배제 요건을 적용하는 데 필요한 명문화된 세부 기준은 없음.
- 입찰 참가 배제 요건 사유의 적용 기간, 배제에 대한 특별한 이의 제기 절차 등에 대한 법령상 혹은 지침상의 명문화된 세부 기준도 없음.
- 입찰 참가 배제 여부 및 사유의 적용 유효 기간 등은 반복적 위법·부당 행위의 발생 가능성, 해당 계약건의 중요성 등에 따라 '발주기관'에서 판단
- 영국은 공공 계약을 원칙적으로 사법상의 계약으로 파악하고, 행정 주체의 '공익'을 위한 일정한 개입을 인정하는 방식을 채택하고 있음.
- 징벌적 행정 처분 성격의 부정당업자제재제도를 시행하고 있지 않음.
- 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분의 원인이 되는 행위를 입찰·계약 과정상의 행위에 국한하지 않음.
- 특히, '입찰 참가 배제'의 효과가 당해 발주기관의 당해 입찰에 한정되고, 타 발주기관의 입찰에 영향을 미치지 않음.
- 발주기관에 따라 임의적 입찰 참가 배제 사유처럼 선택적으로 참가 배제 요건을 설정할 수도 있음.
- 절대적 배제 사유에 해당하더라도 발주기관이 특정 입찰 참가자(또는 후보자)의 배제

사유에 해당하는 범죄 행위를 인지하고 있는 경우에만 반드시 배제하도록 규정

- 영국의 부정당업자 제재 사유는 절대적 배제 사유와 임의적 배제 가능 사유로 구분
 - 절대적 배제 사유는 범죄 조직 참여, 부패, 사기, 돈세탁으로 최종 유죄 판결을 받은 경우로 한정
 - 임의적 배제 사유는 법률상 파산, 폐업 또는 이와 유사한 경우, 영업상 유죄 행위 또는 중대한 영업상의 위법 행위를 한 경우, 사회보장제 지불 의무 또는 조세납부 의무 불이행, 허위의 진술 또는 정보를 제공한 경우 등
- 부정당업자 제재 기간은 명문화된 규정이 없고 발주자 판단에 의함.

3. 독일

- 독일의 부정당업자 제재 처분은 EU 국가의 전체에 적용되는 'EU 공공조달지침(Directive 2004/18/EC)' 제45조(후보자 또는 입찰자의 인적 상황)에 근거함.
- EU 조달지침을 근거로 「경쟁제한방지법(GWB)」 [제4부(제97~129조)] 이 제정되고, 1999년 「공공조달계약의 법적근거를 변경하기 위한 법률」의 개정으로 공공 조달계약 추가
- 하위 법규로는 공공발주명령, 건설공사 발주 및 계약 규칙, 물품 구매 등 일반발주규칙, 자유업 용역발주규칙 등이 있음.
- 연방 법률인 「불법취업방지법」에 의해서도 부정당업자 제재 처분 가능
- 독일은 공공 계약을 그 성격에 따라 공법상의 계약과 사법상의 계약으로 구분하고, 공법상의 계약에 대해서는 「연방행정절차법」 제4조(제54조 내지 제62조)에서 그리고 사법상의 계약에 대해서는 특별한 규정이 없는 한 「민법」상의 계약 원리를 적용함.
- 건설공사 발주 및 계약 규칙, 물품 구매 등 일반발주규칙, 자유업 용역발주규칙 등은 기업의 경쟁 입찰 배제 사유에 대해서 규정하고 있는데, 건설공사 발주 및 계약 규칙에서의 경쟁 입찰 배제 사유는 다음과 같음.
- 파산 절차 또는 이와 유사한 법률상 절차가 개시되거나 그 개시가 신청된 기업

- 해산 절차가 진행 중인 기업
 - 입찰자로서 신뢰성을 의심하게 하는 중대한 과오를 범하였음이 명백한 기업
 - 조세 또는 기타 공과금 및 법정 사회보장보험료를 체납한 기업
 - 발주 절차에서 전문성, 시공능력 및 신용과 관련하여 고의로 허위 진술한 기업
 - 직업공제조합(산재보험당당기관)에 미신고된 기업
- 입찰 참가 배제 사유에 해당하는 기업에 대해 일정 기간 동안 해당 발주기관의 건설 공사 입찰 참여를 배제할 뿐만 아니라 이러한 제한을 다른 발주기관(지방정부, 공공 기업 등)으로 확대 적용함.
- 최근 독일에서는 행정 규칙에 근거하여 이루어지는 통합적인 발주 차단 제도에 대해서 「유럽공동체법」, 「헌법」, 「경쟁제한방지법」 등에 위반된다는 주장이 설득력을 얻고 있음.
- 입찰참가자격 제한 처분을 받는 기업에 대하여는 해당 사안별로 발주 절차에서 검토를 거쳐 배제해야 하며, 장래에까지 일반적으로 일정 기간 동안 모든 발주 절차에서 배제할 수 있는 것은 아니라는 주장
- 법률상 명문의 규정이 없음에도 불구하고 개별적인 입찰 절차 참가 배제의 시간적·공간적 범위를 확대하는 것(일정 기간 동안 입찰참가자격 제한)은 EU 지침과 「경쟁제한방지법」의 차별 금지·보이콧 금지, 「헌법」상 평등 원칙, 비례 원칙, 부당결부 금지 원칙을 위반한다는 논리에 기초

4. 프랑스

- 프랑스의 부정당업자 제재 처분의 법적 근거는 기본적으로 EU 국가 전체에 적용되는 'EU 공공조달지침(Directive 2004/18/EC)' 제45조(후보자 또는 입찰자의 인적 상황)이며, 국내 법령에 관련 규정을 마련하여 운영하고 있음.
- 프랑스의 공공 계약은 「정부조달계약법전 (Code des marchés publics, CMP)」에 기초하여 이루어지고 있는데 부정당업자 제재 처분에 대한 규정은 찾을 수 없음.
- 프랑스는 공공 계약을 공법상의 계약, 즉 행정 계약으로 파악함.

- 행정 주체는 행정 과제의 원활한 수행을 위해 계약을 일방적으로 수정할 수 있고, 법원의 판결 없이 계약 내용을 일방적으로 강제 집행할 수 있는 권한까지 가짐.
 - 입찰참가자격 제한 처분은 「형법」에서 정하고 있는 공공 계약 질서 위반 행위에 대한 형벌의 부가형으로 선고를 통해 행해짐.
- 부정당업자 입찰 참가 제한 조치에 해당하는 것은 공공 조달에서의 배제(exclusion de march'e public) 또는 공공부문에서의 배제(exclusion ou de la commande public)임.
- 가장 큰 특징은 중죄·담합·문서 위조 등의 범죄 행위로 인한 배제는 형사소송에서 부가형(5년 이내의 기간)으로 선고된다는 것임.
- 부정당업자 제재 제도는 '형사소송'을 통해 낙찰 결정 또는 기타 조달 절차의 적법·위법이 결정되는 '공공 조달법의 형사 절차화'가 이루어지고 있음.

5. 캐나다

- 캐나다에서는 부정당업자 제재 제도를 「형법」에 근거하여 시행하고 있음.
- 캐나다 「형법」(Criminal Code) 제121조(정부에 대한 사기 및 선거 기금에 등록한 조달 계약자), 제124조(판매 및 구매 사무실), 제418조(정부에 대한 하자 있는 물품의 판매) 등의 규정으로 유죄 판결을 받은 입찰 참가자, 입찰자의 고용인, 하위 계약자 등에 대해 입찰참가자격을 제한
- 또한, 캐나다 정부의 조달 계약자 성과관리 정책(Vendor Performance Policy)에 따른 성과관리 개선 조치(Vendor Performance Corrective Measures)에 의하여 다음에 해당하는 입찰참가자격 제한 처분 대상자를 선정함.
- 하위 계약자 및 입찰자의 고용인이 성과관리 개선 조치 대상이 되어 입찰 참가가 금지된 경우
 - 현행 또는 과거의 정부 계약과 관련 파산한 경우
 - 입찰 참여자, 하위 계약자 및 입찰자의 고용인 등이 사기, 뇌물 공여, 사기성 오해, 차별 금지 법률에 반하는 행위를 한 증거가 있는 경우
- 캐나다에서는 공공 계약을 원칙적으로 사법상의 계약으로 보지만, '공익'을 위해 공적

계약의 성격을 인정하고 있음.

- 캐나다는 1996년부터 부정당업자에 대한 공공시장 참여를 배제하는 내용의 성과관리 정책을 수립하여 부정당업자 제재 제도를 운영하고 있음.
- 현재는 모든 구매 계약 결정시 과거의 부실 실적을 반영할 수 있는 데이터베이스가 구축되어 있고, 제재 조치를 받아 정부 조달에 참여가 제한된 업체 리스트를 작성·운영하여 정부의 계약 담당 공무원만이 볼 수 있도록 하고 있음.
- 캐나다 공급자 매뉴얼에서 예시하고 있는 부정당업자 제재 사유는, 업체의 부도(파산), 납기 지연, 하자 보증 서비스 미흡, 계약에 정한 사양대로 이행하지 않는 경우, 고의적 사기이든 아니든 허가받지 않고서 한 대체, 수행하지도 않은 서비스에 대해서 대금 청구, 허위 대금 청구 등임.
- 부정당업자 제재 처분은 ‘접근 금지’, ‘잠정 중단’, ‘조건 부과’의 세 가지 유형이 있으며, 제재 처분이 종료된 후에도 일정 기간 동안 집행유예와 같이 특별 감시 대상으로 지정하여 관리하고 있음.
- 접근 금지는 계약의 불완전 이행(poor performance)이 범죄적 성격을 띠는 경우와 신의칙 위반의 경우에 내려지는 부정당업자 제재 처분으로, 3년을 넘지 않는 범위 내에서 특정 기간 동안 정부 입찰에 참여하는 것을 금지하며 기간은 공공 계약 질서 위반 정도에 비례하여 결정
- 잠정 중단은 일시적으로 입찰참가자격을 제한하는 것이며, 조건 부과는 입찰참가자격을 제한하지 않고 3년을 넘지 않는 범위 내에서 특정 기간 동안 조건을 부과하는 것
- 이 밖에 ‘특별 감시 대상’ 지정이 있는데, 제재 조치가 종료된 경우 수년간 특별 감시 대상으로 정하여 관리하는 것으로, 이 기간 중 계약의 불완전 이행(poor performance)이 발생할 경우 앞서의 세 가지 조치가 연장되거나 다른 조치가 병과될 수 있음.

<표 6> 주요국의 부정당업자제재제도 비교

구분	미국	영국	독일	프랑스	캐나다	한국
목 적	· 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 계약 질서 유지
제재 사유	· 법률상 : 부패, 불법 취업 · 행정적 : 계약의 불완전 이행, 사기, 절도, 뇌물, 탈세 등	· 절대적 : 범죄 조직 가입, 부패, 사기, 돈세탁 등 · 임의적 : 파산, 영업상 위법 행위, 조세 미납, 허위 정보 제공 등	· 파산, 해산, 신뢰성 중대한 과오, 사회보험 및 조세 미납, 허위 정보 제공, 직업공제조합 미신고 기업 등	· 뇌물, 담합, 문서 위조 등	· 공공 계약의 불완전 이행	· 뇌물, 안전, 담합, 불완전 이행 등 19가지
운영 기본 원칙	· 유도적 운영	· 유도적 운영	· 유도적 운영	· 형사처벌적 운영	· 사전적, 유도적 운영	· 징벌적 운영
공공 계약 관련성	· 직접적 관련성 불필요	· 직접적 관련성 불필요	· 직접적 관련성 필요	· 직접적 관련성 필요	· 직접적 관련성 불필요	· 직접적 관련성 요구
제재 효과	· 전체적 입찰 참가 배제	· 발주기관별 입찰 참가 배제	· 전체적 입찰 참가 배제(반대 의견 존재)	· 전체적 입찰 참가 배제	· 전체적 입찰참가 배제(예외 있음)	· 전체적 입찰 참가 배제
법령 체계	· 행정 입법에 근거	· EU지침, 행정입법	· EU지침, 행정입법	· EU지침, 형법	· 형법, 행정정책 (성과관리개선 조치)	· 법률, 법규명령에 근거
운영 탄력성	· 탄력적 운영	· 발주자의 재량에 따라 탄력적 운영	· 탄력적 운영	· 경직적 운영 (법원 판결)	· 제재 처분 다양 등 탄력적 운영	· 경직적 운영

6. 시사점

- 외국의 부정당업자 제재 제도는 우리나라와 같이 징벌적으로 운영하고 있는 경우는 많지 않으며, 부정당업자에 대한 단순한 처벌로서 입찰참가자격을 제한하기보다 공공 계약의 윤리성, 신뢰성 및 성과 제고 등의 정책적 목적 달성을 위한 유도적 수단으로 운영하고 있음.
- 또한 우리나라와 같이 법률과 시행령에 제재 사유와 기간을 정하여 제재 처분 기관의 재량이 매우 적은 경우는 찾아보기 힘들며, 제재 처분에 대해 처분기관에 많은 재량을 부여하고 있는 편이라 할 수 있음.
- 미국 등 주요국의 부정당업자 제재 사유도 대부분 공공 계약 질서 유지와 특별한 정책적 목적에 기초하여 정하고 있음.
- 공공 계약의 체결 및 이행 과정에서의 불공정 행위 외에 다른 정책적 목적을 위한

사유를 규정하고 있는 경우도 있지만 많지는 않은 편임.

- 영국은 발주자가 동일한 제재 사유에 해당한다고 해도 제재 기간, 내용에 대해 차별하여 처분을 내릴 수 있는 재량이 허용되고, 캐나다는 부정당업자 제재 내용이 입찰참가자격 제한 외에 다른 입찰자와 다른 계약 조건의 부과와 같은 제재를 내릴 수 있는 등 외국의 부정당업자 제재는 탄력적인 제도 운영이 이루어지고 있다는 점도 특징임.
- 입찰참가자격 제한 처분 외에 공공 계약 질서 유지를 담보할 수 있는 다양한 제재 처분을 도입하여 과도한 처분을 지양하고 제재 수단의 실효성을 제고하고 있음.

IV. 부정당업자제재제도의 문제점

1. 관련 법령에 따른 각각의 제재 중복으로 사실상의 이중 처벌 효과

- 현행 「국가계약법시행령」상의 부정당업자 제재 사유는 행위의 성질과 해당 법령의 차이, 정책적 효과가 다른 사유들이 혼재되어 규정되어 있음.

<표 7> 「국가계약법시행령」 제76조상의 부정당업자 제재 대상 불공정 거래 행위 유형

구분	행위 유형
계약 위반	제1호 : 계약을 이행에 있어서 부실·조작 또는 부당하게 하거나 부정한 행위를 한 자 제4호 : 조사설계 용역 계약 또는 원가계산 용역 계약에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 조사설계 금액이나 원가계산 금액을 적정하게 산정하지 아니한 자 제4의2호 : 타당성조사 용역 계약에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 수요예측 등 타당성조사를 부실하게 수행하여 발주기관에 손해를 끼친 자 제6호 : 정당한 이유 없이 계약을 체결 또는 이행하지 아니한 자 제9호 : 고의로 무효의 입찰을 한 자 제11호 : 입찰참가 신청서 또는 입찰참가 승낙서를 제출하고도 정당한 이유 없이 당해 회계연도 중 3회 이상 입찰에 참가하지 아니한 자 제14호 : 정당한 이유 없이 계약이행능력의 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니하거나 서류 제출 후 낙찰자 결정 전에 심사를 포기한 자 제14의2호 : 입찰 금액의 적정성 심사의 대상으로 선정된 후 정당한 이유 없이 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니하거나 서류 제출 후 낙찰자 결정 전에 심사를 포기한 자 제15조 : 일괄입찰의 낙찰자를 결정하는 경우에 실시설계 적격자로 선정된 후 정당한 이유 없이 기한 내에 실시설계서를 제출하지 아니한 자 제16조 : 감리용역 계약에 있어서 감리원 교체 사유 및 절차에 의하지 아니하고 감리원을 교체한 자

구분	행위 유형
불법 행위	제7호 : 경쟁 입찰, 계약 체결 또는 이행 과정에서 입찰자 또는 계약 상대방 간에 서로 상의하여 담합한 자 제8호 : 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위 서류를 제출한 자 제10호 : 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행과 관련하여 관계 공무원·에게 뇌물을 준 자 제12호 : 입찰 참가를 방해하거나 낙찰자의 계약 체결 또는 그 이행을 방해한 자 제13호 : 감독 또는 검사에 있어서 그 직무의 수행을 방해한 자 제17호 : 사기, 그 밖의 부정한 행위로 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행 과정에서 국가에 손해를 끼친 자
법령 위반	제2호 : 「건설산업기본법」, 「전기공사업법」, 「정보통신공사업법」 기타 다른 법령상의 하도급 제한 규정 위반 제3호 : 「공정거래법」, 「하도급법」 위반 제3의2호 : 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」에 따른 중소기업청장의 요청 제5호 : 계약의 이행에 있어서 안전대책을 소홀히 하여 공중에게 위해를 가한 자 또는 사업장에서 「산업안전보건법」에 의한 안전·보건 조치를 소홀히 하여 근로자 등에 사망 등 중대한 위해를 가한 자 제18호 : 정보 시스템의 구축 및 유지·보수 계약의 이행 과정에서 알게 된 정보 중 각 중앙 관서의 장 또는 계약 담당 공무원이 누출될 경우 국가에 피해가 발생할 것으로 판단하여 사전에 누출 금지 정보로 지정하고 계약서에 명시한 정보를 무단으로 누출한 자

* 국제계약분쟁조정위원회, 입찰금액적정성심사위원회, 제안서평가위원회, 계약심의위원회, 중앙건설기술심의위원회 · 특별건설기술심의위원회 및 설계자문위원회의 위원 포함.

- 부정당업자로 제재 대상 행위 유형은 「국가계약법」 시행령제 76조에서 보듯 21가지에 달할 정도로 다수이며, 그 중 일부는 각각의 근거 법령 및 그에 따른 제재 수단이 별도로 마련되어 있는데도 또 다시 「국가계약법」 및 동법 시행령에서 입찰참가자격 제한이나 과태료 부과 등의 제재를 병과하고 있어 사실상 이중 처벌이 되고 있음.

- 구체적으로 살펴보면, 부정당업자 행위 유형으로 열거되고 있는 제2호, 제3호, 제3의2호, 제5호 등의 경우 구성 요건에서 명시하고 있는 개별 법률에서 충분한 법적 근거와 제재 장치를 두고 있음에도 불구하고 「국가계약법」 및 동법 시행령에서 다시 부정당업자로 입찰참가자격 제한 등 제재를 가하는 것은 이중 처벌의 우려가 큼.

- 구성 요건에서 개별 법률을 언급하고 있지 않은 경우에도 제7호, 제8호, 제10호 등의 경우는 「건설산업기본법」(제82조 이하, 제95조 내지 제96조)이나 「형법」(제133조, 제225조 이하, 제315조) 등에 의한 처벌 대상이 되고 있으므로 「국가계약법」 및 동법 시행령에서 다시 제재를 하는 것은 이중 처벌 또는 중복 처벌이 될 수 있음.

- 예를 들면 계약 체결 및 공사 이행과 관련하여 뇌물을 공여한 경우 「건설산업기본법」 제38조의2 및 제82조의2에 따라 1년 미만의 영업정지 또는 이에 갈음한 10억원 이하의 과징금 부과(3년 이내 위반 행위를 반복할 경우 2년 미만 또는 이에 갈음한 20억 원 이하의 과징금) 처분이 행해지지만, 「국가계약법」 시행령 제76조에 의한 입찰참가자격 제한까지 더해질 경우 결국 처벌이 중복되는 결과가 됨.
- 이와 관련하여, 영업정지 또는 과징금 등의 행정 형벌과 입찰참가자격 제한 등의 행정 처분이 각각 다른 법률에 근거하여 부과되므로 법리상 중복 처벌로 볼 수 없다는 주장이 현재 다수를 이루고 있기는 함.¹⁾
- 그러나 행정 처분은 행정 형벌과 다르고 행정 처분의 효력이 미미한 경우에는 큰 문제가 없다고 볼 수 있지만, 처분의 효과가 동일한 대상자에게 미치는 효과가 지나치게 클 경우 합리성을 결여하는 것으로 이중 처벌에 해당될 우려가 충분히 있다고 사료됨.
- 행정 형벌과 함께 부과되는 행정 처분이 동일 또는 그 이상의 처벌 효력을 갖고 있다면 헌법과 법률에서 금지하고 있는 ‘이중처벌금지’ 원칙을 침해할 여지가 있음²⁾.

1) 행정권에는 행정 목적 실현을 위하여 행정법규 위반자에 대한 제재의 권한도 포함되어 있으므로, ‘제재를 통한 억제’는 행정 규제의 본원적 기능이라 볼 수 있는 것이고, 따라서 어떤 행정 제재의 기능이 오로지 제재(및 이에 결부된 억제)에 있다고 하여 이를 「헌법」 제13조 제1항에서 말하는 국가 형벌권의 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고 할 수 없는바, 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제24조의2에 의한 부당 내부 거래에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차 등을 종합할 때 부당 내부 거래 억제라는 행정 목적을 실현하기 위하여 그 위반 행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적인 성격에 부당 이득 환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 「헌법」 제13조 제1항에서 금지하는 국가 형벌권 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고는 할 수 없으므로, 「공정거래법」에서 형사 처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중 처벌 금지 원칙에 위반된다고 볼 수 없음(헌법재판소, 현재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1 합헌).

2) 이진중, 「행정형벌상 제재수단에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1995, 131면.

<표 8> 관련 법령상 입찰 담합 및 뇌물 공여에 대한 중복 제재 비교

구분	관련 법령	제재 기관	형벌 및 제재 내용	효 과	비 고
입찰 담합	「형법」 (315조, 경매, 입찰의 방해)	법원	2년 이하 징역 700만원 이하 벌금	-	
	「건설산업기본법」 (95조, 98조)	법원	5년 이하 징역, 5,000만원 이하 벌금	-	양벌규정 적용
	「공정거래법」 (19조, 21조, 22조)	공정위	시정조치, 과징금 (부당한 공동행위)	매출액의 10/100 미만	
	「국가계약법」 시행령 (76조)	당해 발주처	입찰참가자격 제한 2년 이하, 과징금	공공공사 참여 불가	전 발주처 적용
	PQ심사요령	발주기관	신인도 감점(-2점)	공공공사 참여 곤란	1년 간
뇌물 공여	「형법」 (133조, 뇌물공여죄)	형사법원	5년 이하 징역 또는 2,000만원 미만 벌금	-	
	「건설산업기본법」 (83조, 95조의 2)	등록관청 형사법원	등록말소 또는 영업정지1년 이하 5년 이하 징역, 5,000만원 이하 벌금	공공+민간공사 참여 불가	양벌규정
	「국가계약법」 시행령 (76조)	당해 발주처	입찰참가자격 제한 2년 이하, 과징금	공공공사 참여 불가	전 발주처 적용
	PQ심사요령	발주기관	신인도 감점 (-2점)	공공공사 참여 곤란	1년 간

2. 발주기관 외 타 중앙관서 등으로의 입찰 제한 확대로 사실상 영업 제재

- 건설회사 등이 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항에서 열거하고 있는 행위를 한 경우 해당 중앙관서의 장은 i)법 제27조 제1항에 따른 부정당업자로 지정하여 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 그 관서에서 집행하는 모든 입찰에 참가할 수 없도록 입찰참가자격을 제한할 뿐만 아니라, ii)입찰참가자격 제한 사실을 각 중앙 관서의 장에게 통보 또는 지정 정보처리 장치에 게재하여 다른 중앙 관서의 입찰 참가를 제한함.
- 이로 인해 입찰참가자격 제한을 받은 자는 입찰 제한 기간 내에 해당 관서를 비롯한 대부분의 중앙관서나 공기업 등이 발주하는 공사 입찰에 참여할 수 없게 되기 때문에 해당 건설업체는 공공공사의 수주를 완전히 원천적으로 차단당하여 영업 중단에 따른 손해를 우려해야 하는 상황에 처하게 됨.
- 특히 해당 관서뿐만 아니라 다른 기관이 시행하는 입찰에 대해서까지 입찰참가자격을 제한하는 것은 행위의 위법성에 대응하고 재발을 방지한다는 차원을 넘어 계약 상대

자인 건설업체에 모든 손발을 묶어버리는 심각한 타격을 안겨주게 되므로 ‘이익 형량의 원칙’에 반하는 결과를 초래한다고 볼 수 있음.

- 다른 기관이 시행하는 입찰에 대해서까지 입찰참가자격을 제한하는 것이 공법상 처분으로 볼 수 있는 것인지에 대해 사법상 행위로 보는 견해³⁾와 다수설인 공법적 성격의 행정 처분으로 보는 견해⁴⁾ 등으로 나누어지지만, 법원은 국가나 지자체가 발주자인 경우 행정 처분으로 보고 공기업의 경우는 사법상의 효력을 가지는 통지로 보고 있음.⁵⁾
- 이에 따라 일부 사유의 경우에는 단순한 계약 위반 행위에 불과할 정도로 공공 질서의 위반에 따른 위법성이 상대적으로 낮음에도 불구하고, 다른 관련 법령 위반 행위와 마찬가지로 입찰참가자격의 제한과 같은 제재를 확일적으로 적용하고 있기 때문에 행위의 성격이나 위법성 수준을 넘는 것으로 과잉 처벌이 될 가능성이 큼.
- 입법론으로 볼 때, 국내 모든 발주기관이 시행하는 입찰에 참가하지 못하도록 하는 것이 과연 최선의 방안인지 면밀한 검토가 필요하다고 하면서, 공공기관 가운데 공공성이 매우 약하여 사실상 사법상의 회사와 동일하다고 볼 수 있는 성질의 기관에게까지 적용하는 것은 책임주의 및 비례의 원칙에 반한다고 볼 소지가 있다는 비판도 있음.⁶⁾

3. 부정당업자 제재 사유의 과다

- 「국가계약법」 시행령 및 「지방계약법」 시행령에서 열거하고 있는 부정당업자 제재 대상 행위는 21가지나 될 정도로 다양한 내용이 열거되고 있는 것과 관련하여, 부정당업자 제재 사유를 열거된 사유로 한정할 필요가 없다는 견해도 있으나 기본적으로 국민에게 불이익을 부과하는 것이고 이를 임의로 확장할 경우 행정 처분의 예측 가능성과 신뢰 보호의 원칙에도 반하므로 한정적인 열거 사항으로 보는 것이 바른 해석이라

3) 이상규, 「입찰참가자격 제한 행위의 법적 성질」, 행정관례연구, 1992, 130~132면.

4) 한건우, 「입찰참가자격 제한 및 부정당업제 통보의 적법 타당성」, 연세법학연구, 1999, 109면.

5) 행정소송의 대상이 되는 행정 처분이라 함은 행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공 단체가 국민의 권리의무에 관계되는 사항에 관하여 직접 효력을 미치는 공권력의 발동으로서 하는 공법상의 행위를 말하며 그것이 상대방의 권리를 제한하는 행위라 하더라도 행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공단체의 행위가 아닌 한 이를 행정 처분이라 할 수 없는 것(대법원 1985.01.22. 선고 84누647 판결).

6) 김성근, 「정부계약법 해설 II」, 건설경제, 591면.

고 할 수 있음.⁷⁾

- 그러나 제재 대상 행위가 21가지나 되는 것도 적지 않거니와 각 구성 요건에서의 ‘부실·조작’, ‘부당’, ‘정당한 이유’, ‘담합’, ‘위조·변조·부정 행사’, ‘뇌물’, ‘부정한 행위’ 등에 관한 해석의 논란의 여지를 감안하면 경우의 수는 더욱 많아져 사실상 입찰 참여와 관련한 건설업체의 행위를 옥죄는 상당한 제약 요인이 되고 있음.
- 또한 열거되어 있는 제재 대상 행위는 대부분 입찰 참여 업체가 비난받을 만하지만, 그 행위의 성격상 위법성이 크지 않고, 계약의 체결 및 이행 과정에서 충분히 예상할 수 있어 계약상의 책임으로 대응할 수 있는 경우가 다수 포함되어 있음.
- 이처럼 부정당업자의 입찰참가자격 제한 사유에는 공공 계약 질서의 유지라는 입법 취지와 다소 관련성이 미흡한 사유들이 포함되어 있고 관련성이 있는 사유들조차 공공계약 질서의 위반 정도에 차이가 있으므로, 이를 고려하지 아니하고 입찰참가자격을 확일적으로 제한하는 것은 합리성이 결여되었다고 하지 않을 수 없음.
- 부정당업자의 입찰참가자격 제한을 사회·경제적 문제 해결을 위한 부수적 수단으로 활용함에 따라 제재 사유가 과다하게 열거되고 있는 것으로 보임.
- 단순한 계약상의 책임 사유를 부정당업자 제재 사유로 포함함에 따라 계약의 본질을 훼손하고 국가 및 지자체 등 발주기관의 우월적 지위를 사실상 고착화시키는 역작용이 우려됨.
- 조달청 지정정보처리장치(G2B)에 게재된 부정당업자 제재 6,279건 중 계약 불이행으로 인한 제재건수가 3,449건으로 55%에 달함(2009년 12월 현재).

4. 부정당업자 제재 처분의 시효 제도 부재

- 부정당업자에 대한 규제 수단으로 행해지는 입찰참가자격의 제한은 결과적으로 해당 건설업체에게는 공공공사와 관련한 시장의 진출 또는 수주활동 자체가 근본적으로 차단되는 등 가장 가혹한 처벌로 작용하고 있음.

7) 김성근, 518면.

- 그러나 「국가계약법」 시행령에서 규정하고 있는 부정당업자 입찰참가자격 제한은 징벌적 성격을 갖는 행정 형벌에 속함에도 불구하고 「형법」상 인정되고 있는 공소 시효 제도가 적용되고 있지 않아 건설업체는 언제까지나 예상치 못한 제재를 받을 위험성을 안고 입찰 참가 준비를 할 수밖에 없는 문제점을 안고 있음.
- 부정당업자 제재 처분 사유는 발생하였으나 그 사실이 즉시 적발되지 않고 많은 시간이 경과된 경우 현재와 같이 기한 제약 없이 해당 사실을 근거로 부정당업자 입찰 참가자격 제한 처분을 내리는 것은 법적 안정성의 침해와 기업 활동의 불안감을 크게 증대시키는 결과 초래
- 또한 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분을 내리면 지체 없이 소속 중앙관서의 기관장에게 보고하도록 규정하고 있으나, 실제 지정정보처리장치에 게재하는 기한에 대해서는 구체적 규정을 두고 있지 않음.
- 공공 발주기관의 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분 지연 제재는 입찰 참가를 준비 중인 해당 건설업체의 입찰 및 낙찰자 선정, 계약 체결 후 제재 처분 통보에 따른 복잡한 법적 분쟁과 추가적 입찰 계약 비용 발생 등의 우려가 큼

5. 동일 건의 담합 행위에 대한 제재 규정의 불명확

- 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항 제3호는 「공정거래법」 또는 「하도급법」상의 담합 행위 등의 위반에 따른 입찰참가자격 제한 조치를 위하여 공정위로부터의 입찰 참가자격 제한 요청이 명시되어 있지만, 동항의 제7호는 동일한 담합 행위에 관한 규정임에도 불구하고 공정위의 입찰참가자격 제한 요청을 요건으로 하고 있지 않음.
- 이로 인해 ‘담합 행위’라는 법 위반 행위를 한 점은 동일하지만, 제7호의 경우 공정위의 입찰참가자격 제한 요청이 없음에도 발주자가 제한 조치를 하여야 하는지 집행상의 명확한 지침이나 해석 사례가 없어 해당 규정의 적용과 관련한 혼선이 빚어지고 있음.
- 해석론으로는, 공정위가 조사·판정·조치한 입찰 담합 건에 대하여 제3호에 의한 공정위의 별도 요청이 없어도 발주기관은 제7호에 따라 제한 조치를 하여야 한다는 입

장과 제7호는 공정위가 조사·판정·조치하지 않은 입찰 담합 건에 대해서만 적용된다고 보아 공정위의 별도 요청이 없을 경우 제한 조치를 해서는 안 된다는 입장으로 나누어지고 있음.

- 공정위는 입찰참가자격 제한을 요청함에 있어서 일정한 기준(법 위반 행위인 담합의 정도, 횟수, 벌점 누계 등을 종합적으로 고려하여 필요하다고 인정하는 경우에 한하여 제한 조치 요청)을 정하여 놓고 운영하고 있으며, 이러한 제도를 두고 있는 것은 사법기관에 의한 지나친 처벌로 인하여 기업의 경제활동이 위축되는 것을 방지하기 위한 것으로 보임.
- 입찰 담합 건에 대하여 공정위가 「공정거래법」에 따른 취지로도 그 목적으로 달성할 수 있다고 보아 굳이 입찰참가자격 제한을 할 필요가 없다고 판단하여 해당 발주기관에 제한 요청을 하지 않은 사안에서, 입법 취지나 해당 규정의 표현 등을 고려할 때 공정위의 의견을 존중하는 것이 제3호를 규정한 취지에 부합된다고 할 것임.
- 이러한 해석론에도 불구하고 입찰 현장에서의 불확실성을 제거하지 못하고 법적 안정성을 저해하여 기업 활동에 상당한 제약 요인으로 작용하고 있을 뿐만 아니라 공정위가 모든 공공기관 및 사업을 대상으로 담합 조사 및 조치를 하는 것을 아니라는 점 등의 한계가 여전히 남는다는 점을 부인할 수 없음.

6. 리니언시를 한 자에 대한 처분 논란

- ‘리니언시(leniency)’란 담합 등 부당 공동행위를 한 자 중 자진 신고를 한 자 또는 증거 제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자 등에 대한 감면 제도를 말하며, 적발이 어려운 담합 행위 등 입찰과 관련된 부당한 공동행위를 적발하거나 방지하기 위하여 자진 신고를 유도하려는 취지로 도입되어 현재 「공정거래법」 제22조의2, 동법 시행령 제35조 등에 규정되어 있음.
- 현재 영국, 미국 등 29개국이 카르텔의 주요 적발 수단으로 도입·운영 중
- 공정위에 따르면, 2005년부터 2008년 6월 말까지 과징금이 부과된 카르텔 사건 수 대비 리니언시제도 적용 사건 수는 35.4%이며, 카르텔에 부과된 과징 금액 중 리니언

시제도 적용 사건의 과징 금액은 65.8%에 달함.

- 국내 「공정거래법」 상 자진 신고를 한 업체에 대해서는 공정위가 리니언시를 적용하여 시정조치 및 과징금을 감면하거나 할 수 있음.⁸⁾
 - 담합 등 부당 공동행위 사실을 처음 자진 신고한 기업에게는 과징금이나 시정조치를 100% 면제해주고, 2순위 신고자에게는 50% 경감해주고 있음.
 - 리니언시제도는 입찰 참여자 상호간의 불신을 자극하여 담합을 방지하는 효과를 얻을 수 있으나, 매출액이 클수록 과징금이 많아지기 때문에 담합으로 가장 많은 혜택을 본 기업이 자진 신고를 하여 처벌을 면할 수 있다는 한계점도 있음.⁹⁾
- 그러나 현행 법령을 살펴보면, 「국가계약법」 제27조 및 「공공기관운영에 관한 법률」 제15조 등은 입찰 담합으로 인한 부정당업자에 대해 「공정거래법」 상의 리니언시제도를 받고 자진 신고를 하였는지 여부에 관계없이 입찰참가자격의 제한 처분을 하도록 제도화하고 있기 때문에 리니언시제도의 기능을 촉진하려는 「공정거래법」과 리니언시제도의 기능을 억제하는 「국가계약법」 간에 결과적으로 모순과 충돌을 빚고 있음.
- 또한, 입찰 자격의 제한을 규정하고 있는 「국가계약법」에 대해 리니언시제도를 도입하고 있는 「공정거래법」이 특별법적 관계에 있다는 점을 고려하면, 「공정거래법」에 의한 리니언시제도에 따라 시정 명령이나 과징금 처분을 감면받은 업체에 대하여 「국가계약법」에 의한 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분을 하는 것은 ‘특별법 우선의 원칙’에 반하는 결과로 해석될 여지가 많다고 할 것임.
- 「국가계약법」과 「공정거래법」간의 규정 내용상 충돌은, 행위자가 일단 특정한 표시를 한 이상 나중에 그 표시를 부정하는 주장을 해서는 안 된다는 ‘금반언(estoppel) 원칙’에도 반함.

8) 「공정거래법」 시행령 제35조 제1항.

9) 2010년 성남판교 9공구 등 8개 아파트 최저가 입찰 건과 관련하여 34개사가 부정당업자 제재 조치의 대상이 되었는데, 리니언시를 한 업체 외에 30여개 업체에 대하여 과징금 400억원이 부과된 상태이며 해당 업체들은 담합 행위가 아니라는 등의 사유로 소송을 진행하고 있음.

- 또한 적발이 쉽지 않은 담합 등의 사건에서 리니언시제도를 받고 자발적으로 자진 신고한 경우조차 담합을 하였다는 이유만으로 신고 순위에 관계없이 입찰참가자격을 제한하는 것은 담합 사실을 자진 신고하지 않고 있다가 발각된 나머지 업체와 동일하게 취급하는 결과가 되어 형평의 원칙에도 배치된다고 할 것임.

V. 부정당업자제제도의 개선 방안

1. 과징금 대체 제외 항목의 재조정

- 부정당업자 제재 대상으로 열거되어 있기는 하지만, 일반적인 계약 불이행 사유에 해당할 정도로 공공 계약 질서 위반 정도가 낮은 경우 행위의 위법성과 비교하여 과잉 처벌이 되지 않도록 입찰참가자격 제한 처분 외에 과징금 부과를 선택할 수 있는 제도 개선이 「국가계약법」 및 동법 시행령에 반영되어 2013년 6월부터 시행되고 있음.
- 과징금 부과 대상이 될 수 있는 사유는, 현행 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항의 사유 가운데 1호, 2호, 5호, 6호, 11호, 14호 내지 16호에 국한됨.
- 이처럼 부정당업자에 대한 입찰참가자격 제한이 과도한 제재가 될 우려가 있는 경우 이를 대신한 과징금 제도 도입의 입법취지를 감안하면, 동법 시행령 제76조의2 제2항에서 ‘제76조 제1항 제7호(담합)·제8호(위·변조, 부정행사)·제10호(뇌물) 또는 제17호(사기)에 해당하는 경우’를 과징금 부과 대상에서 제외하고 있는 것은 현실을 제대로 반영하지 못한 것으로 수정되어야 함.
- 동법 시행령 제76조의2 제2항의 경우 반드시 입찰참가자격 제한을 받도록 하고 있는 사유 가운데 뇌물·담합 등으로 원전 공사처럼 해당 공사를 수행할 수 있는 업체가 3~4개에 불과한 경우 입찰참가자격 제한으로 유효한 경쟁이 성립하지 못할 수도 있으므로 구체적 판단은 과징금부과심의위원회에 맡기도록 하고, 과징금 부과로 대체할 수 있는 대상에서 배제한 것은 수정되어야 함.
- 시행령 제76조 제1항 제8호(위·변조, 부정행사)의 경우 허위 서류 여부가 불확실하거나 경미한 착오로 인하여 허위 서류 여부를 미처 발견하지 못하고 제출한 경우도 예상해볼 수 있으므로 앞서와 마찬가지로 행위의 위법성 정도는 과징금부과심의위원회

의 판단에 맡기고 과징금 부과에 대해 대상에서 배제는 수정되어야 할 것임.

2. 입찰참가자격 제한 사유의 합리적 재조정

- 첫째, 부정당업자 제재 제도의 운영 원칙을 ‘징벌적 운영’에서 공공 계약 질서에 대한 순응을 유도하고 신뢰성을 제고할 수 있는 ‘유도적 운영’으로 전환할 필요가 있음.
- 부정당업자에 대한 처벌의 정당성 및 합리성을 강화할 수 있도록 「국가계약법」 시행령상의 입찰참가자격 제한 사유 중 공공 계약 질서 위반 정도가 낮은 행위를 다시 분류하여 단순 계약 위반 사유는 계약상의 책임을 묻도록 제재 사유에서 제외하고, 계약상의 책임 추궁이 어려운 경우에는 과징금 부과 대상으로 하는 등 정비 필요
- 범죄 행위에 해당하는 담합 행위 등은 「형법」 또는 「공정거래법」, 뇌물 공여는 「형법」 또는 「건설산업기본법」상의 제재로 처벌을 일원화하여 「국가계약법」 등의 법령에 근거한 부정당업자 제재 처분은 면제하거나 과징금으로 대체하여 이중 처벌 방지 필요
- 둘째, 행정제재 처분이 중복적으로 부과되는 결과를 피할 수 있게 현행 「국가계약법」 등에서 규정하고 있는 입찰참가자격 제한 사유 가운데 타 법령에서 별도의 처벌 규정을 두고 있는 경우 그와 같은 타 법령상의 제재 수단에 일임토록 개선할 필요가 있음.
- 타 법령에서 영업정지 처분을 받은 경우, i)영업정지 기간과 입찰참가자격 제한 기간이 중복될 때에는 입찰참가자격 제한 처분을 면제하거나 과징금으로 대체하고, ii)영업정지 기간이 입찰참가자격 제한 처분 기간보다 짧다면 영업정지 처분 기간을 공제하여 제재 처분을 시행하거나 과징금으로 대체토록 하는¹⁰⁾ 등의 원칙 확립 필요
- 제재 처분의 과잉·중복을 막기 위해 관련 법령의 해당 중앙 부서 장은 위법 행위 및 제재 처분 등에 관한 내용을 반드시 관련 부서에 통보토록 하는 등 보완도 필요
- 셋째, 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항 7호의 구성 요건에서 ‘... 계약 이행 과정에서... 계약의 내용 등...’의 표현은 계약 자유의 원칙상 당연한 권리이고 이러한 경우

까지 제재를 하는 것은 과잉금지의 원칙에 반한다고 할 수 있으므로 삭제되어야 함.

- 「헌법」 제10조는 당사자의 자유로운 의사로 계약의 방식과 내용 등을 결정할 수 있도록 계약의 자유를 보호하고 있고, 계약 이행에 있어서 계약 내용 등에 관한 계약 당사자간 협정은 영업을 위한 준비 행위로서 영업활동의 일환으로 볼 수 있으므로 헌법 제15조의 직업 수행의 자유 내지 영업을 자유로서 보호되어야 함.
- 계약 당사자간에 자유로운 협의를 통하여 계약의 방식과 내용 등을 결정하는 것은 계약의 효율적인 이행을 위하여 통상적으로 수반되는 것이므로 이를 담합의 경우와 동일하게 입찰참가자격 제한으로 처분하는 것은 과잉금지의 원칙에 위반하여 계약의 자유 및 영업을 자유를 침해하는 것이라고 할 수 있을 것임.

<표 9> 입찰참가자격 제한 사유별 제재의 재조정 방안

구분	해당 조항	개선 방안
계약 질서 파괴 및 범법 행위	- 제2호 : 부정 하도급	폐지
	- 제3호 : 「공정거래법」 위반	「공정거래법」으로 처벌
	- 제5호 : 안전사고	폐지 또는 과징금으로 대체
	- 제7호 : 담합 행위	「형법」 또는 「공정거래법」으로 처벌
	- 제10호 : 뇌물 수수	「형법」 또는 「건설산업기본법」으로 처벌
계약의 원활한 이행을 위한 절차적 문제	- 제6호 : 계약 체결 거부 - 제9호 : 고의 무효 입찰 - 제11호 : 입찰 불참가 - 제12호 : 입찰 참가·계약 이행 방해 - 제14·14의2호 : 심사 서류 미제출·심사 포기 - 제15호 : 실시설계서 미제출 - 제16호 : 부적절한 감리원 교체	폐지 (계약상의 책임 추궁이 어려운 경우에는 과징금으로 대체)

- 그 외 부정당업자로서 제재를 할 필요가 있는 경우라도 단순히 입찰참가자격 제한이나 과징금 부과로 제재 수단을 한정할 것이 아니라 「국가계약법」상의 계약 상대방으로서 그 책임과 의무가 가중되는 등의 조건을 추가하거나 입찰 서류 보완 또는 입찰 보증 강화처럼 경제적 부담을 증가시키는 등 중·장기적으로 제재 수단 다양화를 위한 보완 방안도 검토되어야 함.
- 캐나다에서는 부정당업자에게 입찰 및 계약 보증금의 비율을 5% 정도 높게 요구하는 제도를 시행 중

10) 영업정지 처분 기간과 중복하여 입찰참가자격 제한 처분을 내리는 경우 제재 효과가 없으며, 영업정지 처분 종료 후 다시 입찰참가자격 제한 처분을 내리는 것은 중복 처벌의 소지가 있어 이를 시정할 필요가 있기 때문임.

3. 부정당업자 제재의 실효성 제고를 위한 시효 제도 도입

(1) 부정당업자 제재 처분의 시효 제도 도입

- 입찰참가자격 제한 사유가 발생한 후 일정 기간 부정당업자 제재 처분이 내려지지 않았을 때 그 기간 경과에 따른 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분을 면제하는 시효 제도를 도입함으로써 건설업체의 안정적인 영업활동이 가능하도록 할 개선되어야 함.
- 시효 기간은 5~7년으로 하되, 최장 10년을 넘지 못하도록 함.

(2) 제재 처분 중인 부정당업자의 새로운 처분 개시 시점 명확화

- 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분을 받고 있는 상태에서 추가로 부정당업자 제재 처분을 받게 되는 경우에 처분 개시의 시점을 기존 입찰참가자격 제한 처분의 종료 후로 명시함으로써 사실상 중첩되는 기간에 제재 처분의 효력이 무의미하게 되는 것을 방지하여 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분의 실효성과 규범력을 제고할 필요가 있음.

4. 입찰 담합에 대한 입찰참가자격 제한 조치의 전제 조건인 ‘공정거래위 요청’의 합리적 해석 및 보완

- 담합 행위 등의 위반에 대한 제재를 위하여 공정위로부터의 입찰참가자격 제한 요청이 필요한 가에 대해 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항 제7호가 동항 제3호와 달리 공정위의 입찰참가자격 제한 요청을 명시하고 있지 않아 논란과 혼선이 예상됨.
- 하지만, 담합 행위를 조사하기 위한 공정위의 입찰 관련 자료 제출 요청권 보유, 국가 및 지자체나 공기업은 입찰 관련 정보를 공정위에 제출할 의무, ‘입찰 질서 공정화에 관한 지침’ 등을 고려하면 별도의 공정위 요청이 있을 경우에 한하여 입찰참가자격 제한 조치가 가능한 것으로 해석하는 것이 바람직하다고 할 것임.
- 이러한 해석론을 바탕으로 하더라도 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항 제3호와 제7

호를 둘러싼 논란을 완전히 불식시키기 어렵고, 입찰 현장에서의 불확실성으로 인한 기업 활동의 상당한 제약 요인이 될 수 있으며, 모든 공공기관 및 사업을 대상으로 담합 조사 및 조치를 하는 것은 아니라는 공정거래위원회의 기능 및 역할상의 한계 등을 고려할 때, 제3호와 제7호의 적용 범위에 대하여 「국가계약법」 시행령에서 분명하게 명시하거나 계약 예규인 ‘정부입찰계약집행기준’ 등에서 구체적으로 적시할 필요가 있음.¹¹⁾

5. ‘리니언시’를 한 자에 대하여 입찰참가자격 제한 처분의 제외

- 담합 등 부당 공동행위를 한 자 중 자진 신고를 한 자 또는 증거 제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자, 즉 ‘리니언시’를 한 자에 대하여는 ‘특별법 우선의 원칙’이나 ‘금반언(estoppel) 원칙’ 등을 고려할 때 당해 담합 행위에 의한 부당사업자라는 이유로 「국가계약법」 등의 규정을 적용하여 입찰참가자격의 제한 조치를 취하지 않도록 해야 함.
- 또한 ‘리니언시’제도를 믿고 자발적으로 담합 행위를 자진 신고한 경우에 신고 순위에 관계없이 입찰참가자격을 제한하는 것은 담합 사실을 자진 신고하지 않고 있다가 발각된 나머지 업체와 동일하게 취급하는 결과가 되어 ‘형평의 원칙’에도 배치되므로 입찰참가자격의 제한 조치를 취하지 않도록 해야 하는 것은 앞서와 동일함.
- 이와 함께 이러한 문제점이 발생하지 않도록 ‘리니언시’를 한 자에 대한 입찰참가자격의 제한 조치 예외를 「국가계약법」 시행령에 명시하여 둠으로써 법적 안정성을 확보할 필요가 있음.

두성규(연구위원 · skdoo@cerik.re.kr)

11) 「국가계약법」 시행령 제1항 제3호는 담합 관련 주무관청인 공정위가 「공정거래법」에 따라 판단한 결과에 따르도록 하는 규정으로서의 기능을 수행하고, 제7호는 제3호 외의 경우에 따른 담합에 대하여 해당 발주기관이 독자적으로 제한 조치 여부를 판단하여 그 결과에 따르도록 하는 규정으로서의 기능을 수행하는 것이라는 취지를 분명하게 반영할 필요가 있음.