

공기업의 공급자등록취소·  
제한(거래제한조치)의 법적 성질

- 대상판결: 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017두66541 판결  
[Rechtsnatur von Stornierung/Einschränkung der  
Lieferantenregistrierung(Handelsbeschränkungen)  
durch öffentliches Unternehmen]

김 중 권(Kim Jung-kwon)  
중앙대학교 법학전문대학원 교수

[www.kci.go.kr](http://www.kci.go.kr)

## 요 지

대상판결은 공기업에 의한 공급자등록취소·제한(거래제한조치)을 바람직하지 않게도 행정처분으로 보고 그것의 위법성을 판시하였다. 대상판결이 공공기관운영법상의 공기업을 ‘법령에 따라 행정처분권한을 위임받은 공공기관’으로 보면서-이 사건 거래제한조치와 관련해서-피고인 한국수력원자력 주식회사에 대해 행정청의 지위를 인정하였는데, 대상판결이 전개한 논증을 정당화시킬 실정법적 논거를 발견하기 어렵다. 대상판결이 ‘공급자관리지침’을 공법작용의 일환인 행정규칙으로 보지만, 내부규정인 ‘공급자관리지침’을 공법적 차원에서 접근하는 것은 수궁하기 힘들다. 등록취소와 등록제한과 같은 이 사건 거래제한조치가 행정처분이면, 등록 자체도 행정처분이 되어야 하는데, 행정행위로서의 등록제를 사적 주체가 운용하기 위해서는 먼저 법령에 의해 등록제가 규정되어 있고, 이를 바탕으로 국가로부터 그 행정권한을 위임받아야 한다. 이런 전제가 성립하지 않는 이상, 실질적인 영향만을 갖고서 이 사건 거래제한조치를 행정처분으로 보는 것은 결코 바람직하지 않다. 국가 및 공공기관(공기업)의 입찰참가자격제한과 관련한 판례와 논의에서 이전에 등장하지 않은 문제 상황에 즈음하여 나름 설득력이 있는 해결방안을 강구하기란 쉽지 않다. 특히 사안을 공법적으로 접근하지 않고 사법적으로 접근하여 사법의 원리에 터 잡아 해결책을 강구하는 경우에는 특히 위법성의 논증에서 어려움이 배가된다. 공법적 접근이 매우 손쉽게 결과를 도출할 수 있긴 하나, 그런 접근의 설득력이 담보되기 위해서는 그 허용성에 아무런 의문점이 없어야 한다. 대상판결 등의 접근방식에 대해 학문적 거리두기(academic distancing)의 차원에서 비판적으로 검토하면, 현재의 행정법 도그마틱과 결코 용인될 수 없을 정도로 심각한 부조화가 명백히 드러난다.

**주제어:** 공기업, 공급자등록취소·제한(거래제한조치), 形式選擇의 自由, 입찰참가제한, 사법형식의 행정, 행정사법, 公的化

◆ 논문접수: 2022. 7. 11. ◆ 심사개시: 2022. 7. 25. ◆ 게재확정: 2022. 8. 19.

## 공기업의 공급자등록취소·제한(거래제한조치)의 법적 성질\*

- 대상판결: 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017두66541 판결

김 중 권

### I. 대상판결의 요지

1. 행정절차에 관한 일반법인 행정절차법은 행정청을 “행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관”, “그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)”이라고 정의하고 있고(제2조 제1호), 행정소송법도 “이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.”라고 규정하고 있다(제2조 제2항). 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 ‘공공기관운영법’이라 한다) 제39조는 공기업·준정부기관은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정 기간 입찰참가자격을 제한할 수 있고(제2항), 그에 따른 입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항은 기획재정부령으로 정하도록 규정하고 있다(제3항). 그 위임에 따른 ‘공기업·준정부기관 계약사무규칙’ 제15조는 기관장은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대해서는 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’ 제27조에 따라 입찰참가자격을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 같이 공공기관운영법 제39조 제2항과 그 하위법령에 따른 입찰참가자격제한 조치는 ‘구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사’로서 행정처분에 해당한다. 공공기관운영법은 공공기관을 공기업·준정부기관, 기타공공기관으로 구분하고(제5조), 그중에서 공기업·준정부기관에 대해서는 입찰참가자격제한

\* <https://doi.org/10.22825/juris.2022.1.61.012>

처분을 할 수 있는 권한을 부여하였다. 한국수력원자력 주식회사는 한국전력공사법에 의하여 설립된 공법인인 한국전력공사가 종래 수행하던 발전사업 중 수력·원자력 발전사업 부문을 전문적·독점적으로 수행하기 위하여 2000. 12. 23. 법률 제6282호로 제정된 ‘전력산업 구조개편 촉진에 관한 법률’에 의하여 한국전력공사에서 분할되어 설립된 회사로서, 한국전력공사가 그 주식 100%를 보유하고 있으며, 공공기관운영법 제5조 제3항 제1호에 따라 ‘시장형 공기업’으로 지정·고시된 ‘공공기관’이다. 한국수력원자력 주식회사는 공공기관운영법에 따른 ‘공기업’으로 지정됨으로써 공공기관운영법 제39조 제2항에 따라 입찰참가자격제한처분을 할 수 있는 권한을 부여받았으므로 ‘법령에 따라 행정처분권한을 위임받은 공공기관’으로서 행정청에 해당한다.

2. 행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 세부적인 업무처리절차나 법령의 해석·적용 기준을 정해 주는 ‘행정규칙’은 상위법령의 구체적 위임이 있지 않는 한 조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 행정규칙이 이를 정한 행정기관의 재량에 속하는 사항에 관한 것인 때에는 그 규정 내용이 객관적 합리성을 결여하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 이를 존중하는 것이 바람직하다. 그러나 행정규칙의 내용이 상위법령이나 법의 일반원칙에 반하는 것이라면 법치국가원리에서 파생되는 법질서의 통일성과 모순금지 원칙에 따라 그것은 법질서상 당연무효이고, 행정내부적 효력도 인정될 수 없다. 이러한 경우 법원은 해당 행정규칙이 법질서상 부존재하는 것으로 취급하여 행정기관이 한 조치의 당부를 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 따라서 판단하여야 한다.

3. 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 ‘공공기관운영법’이라 한다)이나 그 하위법령은 공기업이 거래상대방 업체에 대하여 공공기관운영법 제39조 제2항 및 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제15조에서 정한 범위를 뛰어넘어 추가적인 제재 조치를 취할 수 있도록 위임한 바 없다. 따라서 한국수력원자력 주식회사가 조달하는 기자재, 용역 및 정비공사, 기기수리의 공급자에 대한 관리업무 절차를 규정함을 목적으로 제정·운영하고 있는 ‘공급자관리지침’ 중 등록취소 및 그에 따른

일정 기간의 거래제한조치에 관한 규정들은 공공기관으로서 행정청에 해당하는 한국수력원자력 주식회사가 상위법령의 구체적 위임 없이 정한 것이어서 대외적 구속력이 없는 행정규칙이다.

4. 한국수력원자력 주식회사가 자신의 ‘공급자관리지침’에 근거하여 등록된 공급 업체에 대하여 하는 ‘등록취소 및 그에 따른 일정 기간의 거래제한조치’는 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사인 ‘처분’에 해당한다.

5. 계약당사자 사이에서 계약의 적정한 이행을 위하여 일정한 계약상 의무를 위반하는 경우 계약해지, 위약벌이나 손해배상액 약정, 장래 일정 기간의 거래제한 등의 제재조치를 약정하는 것은 상위법령과 법의 일반원칙에 위배되지 않는 범위에서 허용되며, 그러한 계약에 따른 제재조치는 법령에 근거한 공권력의 행사로서의 제재처분과는 법적 성질을 달리한다. 그러나 공공기관의 어떤 제재조치가 계약에 따른 제재조치에 해당하려면 일정한 사유가 있을 때 그러한 제재조치를 할 수 있다는 점을 공공기관과 그 거래상대방이 미리 구체적으로 약정하였어야 한다. 공공기관이 여러 거래업체들과의 계약에 적용하기 위하여 거래업체가 일정한 계약상 의무를 위반하는 경우 장래 일정 기간의 거래제한 등의 제재조치를 할 수 있다는 내용을 계약특수조건 등의 일정한 형식으로 미리 마련하였다고 하더라도, 약관의 규제에 관한 법률 제3조에서 정한 바와 같이 계약상대방에게 그 중요 내용을 미리 설명하여 계약내용으로 편입하는 절차를 거치지 않았다면 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

## II. 사안의 개요 및 당사자의 주장

### 1. 사안의 개요

원고는 2004년경부터 2010년경 사이에 피고가 실시한 원자력 발전용 케이블 구매입찰에서 다른 업체들과 물량배분 비율을 정하고, 투찰가격을 공동으로 결정하는 등 담합행위를 하였고, 이를 이유로 2014. 1. 10.경 공정거래위원회로부터 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따라 과징금 부과처분을 받았다. 피고는

2014. 4. 15. 원고에 대하여 위와 같은 입찰담합행위를 이유로 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 ‘공공기관운영법’이라 한다) 제39조 제2항에 따라 2년의 입찰참가 자격제한처분을 하였다. 피고는 2014. 9. 17. 다시 원고에 대하여 부정당업자 제재 처분을 받았다는 이유로 피고의 내부규정인 ‘공급자관리지침’ 제7조 제3호, 제31조 제1항 제11호에 근거하여 ‘공급자등록 취소 및 10년의 공급자등록제한 조치’를 통보하였다(이하 ‘이 사건 거래제한조치’라 한다). 피고가 시행하는 입찰에 참여하고자 하는 자는 입찰 서류 접수 전에 해당분야 공급자로 등록을 하여야 한다. 피고는 신청자에 대하여 자격심사 후 일정한 자격요건을 갖춘 자에게만 공급자등록을 하여 입찰에 참여할 수 있는 자격을 부여하고 낙찰 받은 업체로부터 기자재 등을 제공받는다. 피고는 내부규정인 공급자관리지침으로 일정한 사유에 해당하는 업체는 일정 기간 동안 다시 공급자등록 신청을 할 수 없도록 규정하고 있는데(공급자관리지침 제7조), 공급자등록을 못하게 되면 피고가 시행하는 입찰에 참여할 수 없게 되므로 피고의 공급자등록 제한은 결국 입찰에의 참여를 제한하는 기능을 하게 된다. 더욱이 부정당업자로 제재를 받은 경우 공급자등록 취소가 되고(공급자관리지침 제31조 제12호), 10년간 공급자등록제한을 받게 된다(공급자관리지침 제7조 제3호).

## 2. (원심에서의) 피고의 주장

공공기관의 운영에 관한 법률(이하 ‘공공기관운영법’이라 한다)상의 공기업인 피고는 원고와의 사이에 업무상 필요로 하는 물품인 원자력 발전용 케이블에 관하여 공공조달 계약을 체결하는 사법관계에 있고, 공공조달 계약 체결 이전의 입찰에 관한 분쟁이나 공공조달 계약 체결 이후 계약의 이행에 관한 분쟁은 모두 공공조달 계약과 관련되거나 이로부터 파생된 법률관계이므로 사법관계에 해당한다. 따라서 이 사건 공급자등록제한은 사법상 계약인 공공조달 계약 체결 절차와 관련하여 피고가 그 내부규칙인 공급자관리지침에 따라 원고에 대하여 한 사법상의 통지행위에 불과하다. 또한 이 사건 공급자등록제한은 원고가 일정 기간 동안 피고와의 사이에서 공급자등록을 할 수 없다는 것인데, 국가 혹은 지방자치단체가 시행하는 모든 입찰에 대하여 참가자격이 제한되는 공공기관운영법, 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 ‘지방계약법’이라 한다)에 근거한 입찰참

가자격제한처분과 달리 대세효가 없다는 점에서도 행정청의 처분이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 공급자등록제한은 처분성이 없어 항고소송의 대상이 되지 않으므로 이 사건 소는 부적법하다.

### Ⅲ. 재판의 경과: 하급심에서의 처분성 논거를 중심으로

이 사건에서 핵심쟁점은 이 사건 공급자등록취소·제한(거래제한조치)의 처분성 여부인데, 제1심(서울행정법원 2017. 2. 10. 선고 2016구합71447 판결)과 원심(서울고등법원 2017. 9. 22. 선고 2017누38050 판결) 역시 대상판결과 동일한 기조이다.

#### 1. 제1심: 서울행정법원 2017. 2. 10. 선고 2016구합71447 판결

i) 오늘날 국가는 다양한 임무를 수행하고 있는데, 모든 업무를 국가가 수행하는 것은 현실적으로 불가능하기 때문에 그 임무수행을 민간이나 새로운 형태의 조직에 위탁한 후 감독기능만 수행하는 경우가 증가하고 있다. 이와 같은 새로운 형태의 조직 등에 의하여 행정임무수행이 이루어지는 영역은 여전히 공적영역으로서 공동체적 규범과 가치가 유지되어야 하고, 이러한 사정은 행정처분성을 판단함에 있어서도 고려되어야 한다(서울고등법원 2015. 7. 15. 선고 2015누31024 판결 참조). ii) 공공기관운영법에서 규정하고 있는 공기업은 법률에 의하여 설립되거나 정부로부터 출연 또는 업무 위탁 등을 받는 기관으로서 기획재정부장관으로부터 지정을 받으면 성립한다. 정부는 임원의 임면, 예산의 편성과 회계 및 감사, 운영계획의 보고 및 경영실적에 대한 평가 등 공기업 운영전반에 관하여 상당한 개입을 하여 실질적인 지배력을 행사하고 있다(공공기관운영법 제6조, 제25조, 제40조, 제42조, 제52조 참조). 공기업은 정부로부터 출연을 받아 설립되고, 정부의 실질적인 지배력이 미치는 기관이므로 계약체결과 전 과정에 있어서 공정성과 투명성이 크게 요청된다. 특히 공공기관운영법 제39조 제3항은 '회계처리의 원칙과 입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항은 기획재정부령으로 정한다.'고 규정하고, 그 위임을 받은 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제6조는 계약을 체결하려면 일반경쟁에 부쳐야 하고, 경쟁은 입찰의 방법으로 하여야 하며, 국가를 당

사자로 하는 계약에 관한 법령에서 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 사전 심사하는 등 입찰참가자격에 필요한 요건을 정할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따라 공기업이 행하는 계약에 있어서도 국가와 동일한 기준을 도입하여 일정한 요건을 갖춘 자를 제한 없이 입찰에 참여할 수 있게 하고, 입찰방식, 낙찰자결정 등 계약의 전 과정에 있어서 공정하고 투명한 절차를 확립하도록 하며, 계약에 있어서 공기업이 가질 수 있는 우월적 지위의 남용을 억제하고 있다. 이와 같은 공기업 설립, 구성, 운영 등의 기준에 비추어 보면, 공공기관운영법상의 공기업은 공적임무를 수행하는 영역에서는 행정권한의 위임 또는 그 위탁을 받은 행정청의 지위를 부여 받았다고 볼 수 있다. iii) 피고가 시행하는 입찰에 참여하고자 하는 자는 입찰 서류 접수 전에 해당분야 공급자로 등록을 하여야 한다. 피고는 신청자에 대하여 자격심사 후 일정한 자격요건을 갖춘 자에게만 공급자등록을 하여 입찰에 참여할 수 있는 자격을 부여하고 낙찰 받은 업체로부터 기자재 등을 제공받는다. 피고는 내부규정인 공급자관리지침으로 일정한 사유에 해당하는 업체는 일정 기간 동안 다시 공급자등록 신청을 할 수 없도록 규정하고 있는데(공급자관리지침 제7조), 공급자등록을 못하게 되면 피고가 시행하는 입찰에 참여할 수 없게 되므로 피고의 공급자등록 제한은 결국 입찰에의 참여를 제한하는 기능을 하게 된다. 더욱이 부정당업자로 제재를 받은 경우 공급자등록 취소가 되고(공급자관리지침 제31조 제12호), 10년간 공급자등록제한을 받게 된다(공급자관리지침 제7조 제3호). 피고는 담합행위를 하여 부정당업자에 해당한다는 이유로 원고에게 2014. 4. 25.부터 2016. 4. 24.까지 2년의 입찰참가자격제한처분을 하였고, 그에 따라 공급자등록 취소를 한 후 2014. 4. 25.부터 2024. 4. 24.까지 10년의 공급자등록제한을 하였다. 원고로서는 2년간 입찰참가자격제한을 받았지만 같은 사유로 공급자등록이 취소되고, 10년간 공급자등록제한을 받게 됨으로써 입찰참가자격제한처분의 효력발생 일인 2014. 4. 25.부터 10년 동안 입찰에 참가하지 못하게 되었다. 피고의 공급자등록취소, 공급자등록제한은 원고의 입장에서 입찰참가자격제한처분과 사실상 동일한 효력을 가진다. iv) 공공기관운영법 제39조 제2항은 ‘공기업은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다.’고 규정하고 있다. 이 조항은 공기업인 피고에게 입찰참가자격제한을 할 수 있는 행정권



한을 수여하고 있으므로, 피고는 그러한 행정권한을 수여받은 공공단체로서 행정청의 지위에 있다. 한편 피고가 행사하는 입찰참가자격제한처분은 부정당업자가 계약에 관여하여 발생할 수 있는 여러 가지 폐해를 사전에 방지하고 계약의 공정성을 확보함과 동시에 공기업이 추구하는 공적 목표를 달성하기 위하여 계약의 충실한 이행을 확보하려는 데에 그 목적이 있다. 부정당업자에 대한 공급자등록을 취소하고 제한하는 공급자등록제도 또한 부정당업자의 입찰 참여자격을 박탈하여 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 확보하려고 하는 목적에 이바지하게 된다. 앞에서 본 바와 같이 공급자등록제도는 경쟁입찰에 의하여 계약을 체결하여야 하는 피고가 일정한 요건을 갖춘 자에게 입찰참가자격을 부여하기 위한 것인데, 이 사건과 같은 부정당업자의 경우 공급자등록취소와 등록제한이 되면 그 등록제한기간 동안 필연적으로 입찰참가자격이 제한된다. 이와 같은 부정당업자에 대한 공급자등록의 취소·제한의 목적 및 효력 등을 종합하여 보면, 위 조항의 수권은 입찰참가자격제한을 할 권한에 그치는 것이 아니라 공급자등록취소나 등록제한을 할 권한부여에 미친다고 볼 수 있다. 피고는 공공기관운영법 제39조 제2항의 수권에 따라 공급자등록취소 및 등록제한을 할 수 있는 공공단체로서 행정청의 지위에 있다고 볼 수 있다. v) 이 사건 공급자등록제한을 피고의 내부규정인 공급자관리지침에 근거를 둔 사법상의 통지행위로 보게 되면, 원고는 동일한 담합행위로 인하여 이 사건 공급자등록제한 기간 동안 입찰참가자격제한처분을 받은 것과 사실상 동일한 지위에 있게 됨에도 그 구제방법은 민사상 쟁송절차에 따라야 한다(이와 달리 입찰참가자격제한처분에 대해서는 행정소송을 통해 구제받을 수 있다). 같은 당사자 사이에서 같은 행위로 인하여 사실상 같은 효력이 발생함에도 그 쟁송절차를 달리 하여야 할 합리적 이유를 찾기 어렵다.

## 2. 원심: 서울고등법원 2017. 9. 22. 선고 2017누38050 판결

i) 피고는 국내 모든 원자력 발전소를 관리하는 공기업으로 피고가 시행하는 입찰에 참여하기 위해서는 사전에 피고의 심사를 거쳐 피고에게 공급자등록을 하여야 한다. 공급자등록을 하지 못한 업체는 피고가 시행하는 입찰에 참여하지 못하므로 피고의 공급자등록제한은 입찰참가자격제한과 실질적으로 동일한 효력을 갖고, 특히 이 사건 원자력 발전용 케이블은 피고가 독점적 수요자이므로 이에 관

한 한 입찰참가자격제한과 그 효력이 완전히 동일하다. ii) 공기업이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 공공조달 계약은 사법상 계약으로서 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없고, 그 계약내용에 따른 권리의무에는 사적자치와 계약자유 원칙이 적용되며(대법원 2014. 12. 24. 선고 2010다83182 판결 참조), 그 계약의 이행 또는 계약의 위반 문제는 민사소송으로 다루어야 한다. 또한 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제5조 제1항은 ‘공기업의 계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 한다.’는 계약의 원칙을 규정하고 있다. 그런데 피고는 원고와의 사이에 원고가 낙찰자로서 공공조달 계약을 체결함에 있어 부정당업자로 제재를 받은 경우 거래가 10년간 금지된다는 계약 조건을 정하는 등 공급자등록제한에 대하여 당사자 간에 어떠한 합의가 있었던 것으로 볼 수 없는바, 이 사건 공급자등록제한이 공공조달 계약의 내용이 되었다고 할 수 없다. 더욱이 이 사건 공급자등록제한은 원고와 피고 사이의 공공조달 계약의 이행 혹은 계약의 위반과 관련된 것이 아니라, 피고가 고권적 내지 우월적 지위에서 일방적으로 원고의 계약 당사자가 될 권리인 입찰참가자격에 제한을 가하는 행위이다. iii) 공공기관운영법 제39조 제3항 및 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제6조에 의하면 공기업이 실시하는 입찰에 있어 입찰 참여자의 입찰자격을 제한하기 위하여는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령에서 정하는 바에 따라야 한다. 이는 공기업이 체결하는 계약에도 국가가 체결하는 계약과 동일한 기준을 도입하여 공기업의 계약 상대방 선택의 자유를 제한하고, 모든 국민이 일반경쟁 또는 일반입찰에 따라 계약의 상대방이 될 기회를 부여받도록 함으로써, 입찰방식, 낙찰자 결정 등 계약의 전 과정의 절차를 확립하여 공정한 경쟁을 촉진하고 공기업이 추구하는 궁극적인 공적 목표를 달성하기 위함이다. 이와 같은 관련 법령의 취지에 비추어 보면, 공정한 입찰을 통한 낙찰자 결정 과정은 공공조달 계약 체결 이전의 단계에서 이루어지는 별개의 차원에 있는 것으로 볼 것인바, 이를 사법상 계약인 공공조달 계약으로부터 파생된 법률관계라고 보기 어렵다. iv) 이 사건 공급자등록제한에 따른 원고의 입찰참가자격제한의 효력이 원피고 사이의 입찰에만 한정된다고 하여도 이는 원고와 피고 사이의 합의에 의한 것이 아니고 다만 피고가 일방적으로 그 내부규정인 공급자관리지침에서 그 효력을 정하였기 때문인데, 그와 같은 이유로 그 효력이 한정된다는 사정만으로 이 사건 공급자등록제한

의 처분성이 부정된다고 보기는 어렵다. 거기에다가 피고는 국내 모든 원자력 발전소를 관리하는 공기업으로서 상당수 원고 생산 제품의 사실상의 독점적 수요자인 점까지 더하여 보면, 이 사건 공급자등록제한이 대세효를 갖는지 여부는 이 사건 처분성의 인정에 있어 문제가 되지 않는다.

#### IV. 관련 규정

\* 공공기관의 운영에 관한 법률

제39조(회계원칙 등)

- ① 공기업·준정부기관의 회계는 경영성과와 재산의 증감 및 변동 상태를 명백히 표시하기 위하여 그 발생 사실에 따라 처리한다.
- ② 공기업·준정부기관은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다.
- ③ 제1항과 제2항의 규정에 따른 회계처리의 원칙과 입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항은 기획재정부령으로 정한다.

\* 공기업·준정부기관 계약사무규칙(기획재정부령)

제5조(계약의 원칙)

- ① 공기업·준정부기관의 계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 한다.
- ② 기관장 또는 계약담당자는 계약을 체결할 경우 이 규칙 및 관계 법령에 따른 계약상대자의 계약상의 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하여서는 아니 된다.

제6조(계약의 방법)

- ① 기관장 또는 계약담당자는 계약을 체결하려면 일반경쟁에 부쳐야 한다. 다만 계약의 목적·성질·규모 등을 고려하여 필요하다고 인정되면 참가자를 지명하여 경쟁에 부치거나 수의계약을 할 수 있다.

- ② 제1항에 따른 경쟁은 입찰의 방법으로 하여야 하며, 입찰을 하려면 미리 입찰에 관한 사항을 공고하거나 통지하여야 한다.
- ③ 제1항 본문에 따라 일반경쟁에 부치는 경우, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령에서 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 사전심사하거나, 시공능력, 기술능력, 실적, 재무상태, 법인등기부상 본점소재지(개인사업자인 경우에는 사업자등록증 또는 관련 법령에 따른 허가·인가·면허·등록·신고 등에 관련된 서류에 기재된 사업장의 소재지를 말한다. 이하 같다) 등으로 입찰참가자격에 필요한 요건을 정할 수 있다.

제15조(부정당업자의 입찰참가자격제한) 법 제39조 제3항에 따라 기관장은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대해서는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조에 따라 입찰참가자격을 제한할 수 있다.

\* 2012. 8. 31. 개정된 ‘공급자관리지침’

피고의 입찰에 참여하기 위해서는 입찰서 제출 마감 전일까지 해당분야 공급자로 등록하여야 한다(제6조 제2항). 등록된 업체가 ‘부정당업자로 제재를 받은 경우’ 등에는 관련부서의 요청 또는 등록관리를 주관하는 부서(본사 품질보증실 또는 사업소 품질부서)가 직권으로 등록을 취소하고(제31조 제1항 제12호), 다만 1년 이내에 취소사유를 없앨 수 있는 경우에는 1년 이내의 기간을 정하여 등록의 효력을 정지할 수 있다(제31조 제1항 단서). 제31조 제1항 제12호의 규정에 따라 등록이 취소된 업체는 그 취소의 통보를 받은 날부터 10년간 다시 등록신청을 할 수 없고, 주관부서는 그 기간 동안 해당 업체 또는 품목에 대한 등록신청서 접수를 다시 할 수 없다(제7조 제3호). 등록취소가 피고 운영상 심각한 영향을 초래할 우려가 있다고 판단한 경우 특수계약심의위원회를 통해 제한적으로 등록취소기간을 조정할 수 있다(제31조 제3항).

## V. 문제의 제기 - 정당한 근거가 없는, 사법적 이슈의 공법화의 문제

이 사건 쟁점은 이 사건 거래제한조치가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당

하는지 여부이다. 앞에서 보았듯이, 제1심(서울행정법원 2017. 2. 10. 선고 2016구합71447 판결)과 원심(서울고등법원 2017. 9. 22. 선고 2017누38050 판결) 역시 대상판결과 동일한 기초이다. 이 사건 거래제한조치의 처분성 여부와 관련해서 중요하게 다루어진 것이 그것의 근거가 된 피고의 내부규칙인 ‘공급자관리지침’의 법적 성질인데, 피고는 그것을 순전히 사법적인 것으로 보지만 대상판결은 공법적인 것으로 보아 행정규칙으로 접근하였다. ‘공급자관리지침’의 법적 성질의 문제는 이 사건 거래제한조치를 입찰참가자격제한 특약의 차원에서 접근할 수 있는지 여부를 가늠하는 출발점이 된다. 대상판결은 ‘공급자관리지침’ 및 이 사건 거래제한조치를 공법적으로 접근하기 위한 전제로 이들을 발한 한국수력원자력 주식회사를 행정청으로 본다. 그리고 대상판결은 행정규칙으로서의 사안의 ‘공급자관리지침’의 위법성을 근거로 삼아 이 사건 거래제한조치의 하자가 중대하고 명백하다고 판단하였다.<sup>1)</sup>

공공기관의 입찰참가자격제한을 처분으로 보는 판례의 입장에 대해 필자는 시종 문헌상으로 거의 유일하게 반론을 전개한다.<sup>2)</sup> 통설 및 판례의 반대편에서 보면, 대상판결에서 다루어진 여러 쟁점은 처분성의 물음을 넘어 행정법 도그마틱적으로 매우 심각한 영향을 미칠 수 있다. 한국수력원자력 주식회사는 공기업에 해당하나 법적으로는 사법인이다. 따라서 그것이 국가지배하의 한국전력공사의 자회사인 이상, 그것의 사법적 활동은 일반 행정의 사법적 활동에 비견될 수 있어서 행정사법론의 차원에서 사안을 새롭게 접근해 봄직하다.<sup>3)</sup> 대상판결이 사법적 이슈를 공법화시켜 접근한 것에 대해 비판적 견지에서 검토하고자 한다.

한편 대상판결에서 논의되지 않은 것이 있는데, 한국수력원자력 주식회사가 2014. 4. 15.에 행한 2년의 입찰참가자격제한의 효력 문제이다. 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016두33537 판결은 공기업·준정부기관 지정전의 부정당행위에 대해서는 공공기관운영법 제39조 제2항에 따른 입찰참가자격제한처분을 할 수 없다는

1) 대상판결에 관한 참고문헌: 구정택, “공공계약에서 공기업·준정부기관의 거래제한조치의 처분성 인정 여부”, 법조신문 792호(2020. 7.).

2) 김중권, “정부투자기관의 입찰참가제한행위의 법적 성질에 관한 소고”, 법률신문 3486호(2006. 8. 31.).

3) 참고문헌: 김남진, “행정의 사법적 활동과 공법에 의한 기속”, 고시연구(2000. 10.); 정하중, “사법행정의 기본권구속”, 서강법학연구 2권(2000. 3.); 김중권, “사법적 형식의 행정(사법적 행정)의 공법적·사법적 구속에 관한 소고”, 고시계(2007. 3.).

취지로 판시하였다.<sup>4)</sup> 비록 대상판결에서의 쟁점대상은 이 사건 거래제한조치이긴 하나, 법 위반행위인 부정당행위에 해당하는 담합행위가 한국수력원자력 주식회사가 기타공공기관의 지위에 있을 때인 2004년경부터 2010년경 사이에 행해진 점에서 이에 관한 언급이 전혀 없었다는 것은 이해하기 힘들다.<sup>5)</sup>

## VI. 논의의 전제

### 1. 私法形式의 行政(私法的 行政)에 관한 개괄적 이해

행정은 원칙적으로 私法的으로 활동할 권능을 가지며, 사실 예전부터 사법의 조직형식과 작용형식을 사용하여 왔다. 전통적으로 독일의 관례와 문헌을 지배하는 ‘形式選擇의 自由’(Formenwahlfreiheit)는 중층적(이중적) 성격을 지닌다. 즉, 행정으로선 조직형식의 선택에서, 또한 법률관계(가령 이용관계)형성의 선택에서 자유를 누린다. 가령 공적 급부행정의 주체로서 지자체는 급부주체의 조직형식을 형성할 수 있을 뿐만 아니라, 급부수령자와의 법(률)관계를 일정한 범위에서 자신의 “자유로운 선택”에 따라 공법적으로 또는 사법적으로 형성할 수 있다. 공법적 조직형식이 공법적 이용관계를 강제하진 않는다.<sup>6)</sup> 그러나 조직형식이 私法的이면, 급부제공의 법(률)관계 역시 자명하게 원칙적으로 私法關係이다. 여기선 조직형식의 선택이 다른 아닌 작용형식의 물음까지 결정을 내린 셈이다.

私法形式의 行政은 2가지의 양상으로 나뉘는데, 공법적으로 조직화된 행정이 사법적 활동을 하는 경우와 사법적으로 조직화된 행정이 사법적 활동을 하는 경우이

4) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016두33537 판결: 원고가 피고에게 시험성적서를 제출할 당시 피고는 기타 공공기관에 불과하였으므로 위 제출행위는 공기업·준정부기관을 상대로 한 부정당행위에 해당되지 않는다. 따라서 이 사건 입찰참가자격 제한 처분은 공공기관운영법 제39조 제2항이 정하는 입찰참가자격 제한 처분의 제제요건을 갖추지 못하였다.

5) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016두33537 판결은 제제처분의 경우 법 위반행위 당시를 기준으로 위법성 여부를 판단하는 기왕의 기조를 배경에 둔 것이어서 나름 설득력이 있는데, 결과적으로 법 위반행위에 대해 면죄부를 준 셈이 된다. 이 점에서 원심(대구고법 2016. 1. 15. 선고 2015누6041 판결)이 입찰참가제한사유의 해당성 물음을 적극적으로 검토하여 입찰참가제한의 위법성을 논증한 것은 일면 타당할 수 있다. 법 위반행위에 대해 면죄부를 준 결과의 원인이 무엇인지 고민이 필요하다. 입찰참가제한에 대해 공법적 방법이 아닌 사법적 방법으로 다투었다면, 계약규정의 위반에 기하여 입찰참가제한이 정당화될 수 있다. 요컨대 입찰참가제한에 대한 잘못된 처분성인정이 빛은 어찌구무없는 결과라 여겨진다.

6) Vgl. BVerwG NJW 1986, 2387; BGH DVBl. 1984, 1118f.

다. 전자의 경우에 행정사법론에 의거하여 사법적 행정이 공법적 추가구속의 지배를 받는다는 데 오늘날 의견이 일치한다. 行政私法의 특징은, 사법규범이 공법규정에 의해 보충, 중첩, 수정되는 것이다.<sup>7)</sup> 公法的으로 조직화된 행정이 사법적 활동을 하더라도 행정인 점에 변함이 없는 이상, 공권력행사의 경우와 마찬가지로 기본권과 ‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’은 물론, 기본권적 법률유보와 과잉금지에 구속된다.<sup>8)9)</sup> 사법적으로 조직화된 (사법)행정(die privatrechtlich organisierte Verwaltung), 즉 사법인의 행정주체성 여부의 물음은 궁극적으로 행정사법에 따른 공법적 구속의 적용 여부에 귀결된다.<sup>10)</sup> 전적으로(100%) 공기관(행정청)에 의해 출자되고, 사법적으로 조직된 행정주체 가령 自己會社(Eigengesellschaft)는, 법기술적으로 국가권력에서 분리된 결정양식에 불과하다. 법률이 공법적 형식의 임무수행만을 규정하지 않는 한, 私法人으로서의 자기회사의 설립에 수권은 필요하지 않다.<sup>11)</sup> 이런 私法人에 대해서도 당연히 국가권력의 원칙적인 공법적 구속은 통용된다. 독일에선 다수 입장은 이런 자기회사를 행정의 사법적 ‘인공위성’(Trabanten)으로 간주하여 공법적으로 조직화된 私法的 行政과 마찬가지로 그들 기본법 제1조 제3항상의 집행권에 속하고, 그래서 기본권구속의 지배를 받는다고 한다(행정주체성의 인정). 그것을 적절하게 “사법형식의 행정부서”로도 표현할 수 있다.<sup>12)</sup> 독일의

7) 참고로 독일 BGH는 행정사법의 특수한 임무와 의의를 다음과 같이 요약하였다: “공임무의 이행에서 행정 그 자체에 대해서 사법적 범형식만이 주어지지, 결코 사적 자치의 자유여지와 가능성은 주어지지 않는다. 행정이 사법형식으로 행정의 임무를 수행하면, 사법규범은 공법의 규정에 의해 보충, 중첩, 수정된다. 이에 다음과 같은 일치성이 존재하는데, 행정이 행정사법의 영역에서 기본권만을 유의해야 할 뿐만 아니라, 광범한 구속을 받는다. 비록 행정법의 모든 원칙의 구속을 받지 않더라도, 사법형식으로 행하는 행정은 아무튼 공적 재무관리의 기본 원리를 유의하지 않으면 아니 된다는 점을 출발점으로 삼아야 한다. ‘사법에로의 도피’가 결코 ‘불법적 재무관리를 전제하기 위한 수단’이 되어선 아니 된다.” BGHZ 91, 84(96f.); 65, 284(287); 53, 325(328).

8) Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15. Aufl. (2016), §3 Rn.89. 그렇지만 기본권개입이 존재하는 경우에만 기본권적 법률유보와 (주관법적) 과잉금지가 통용된다. 개인이 허용된 방법으로 자신의 기본권을 사용하거나 기본권을 포기한 경우엔 이에 해당하지 않는다. 사법적 행정이 계약형식을 사용할 때, 이런 사정이 다양하게 존재한다.

9) Ehlers/Pünder, .a.a.O., §3 Rn.35, 50.

10) 사법적으로 조직화된 행정을 행정주체적 성격에서 바라보는 것에 대한 의구심은 여전히 있다. 이런 사법적 조직을 행정주체에 귀속하여야 하는지의 물음은 궁극적으로 개념정의의 물음이며, 행정주체 개념의 廣狹에 따른 개념형성의 문제이다. Vgl. Maurer/Waldhoff, Allg. VerwR, 19. Aufl. 2017, §21 Rn.15ff.

11) Peine, “Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte”, DÖV (1997), S.353(363).

12) Ossenbühl, “Das Gesellschafts- und Konzernrecht öffentlicher Unternehmen”, ZGR (1996), 504ff.; Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe (1999), S.68f.

다수 견해와 판례에 의하면, 국가가 다수지분을 갖는 경우(소위 혼합기업)에도 자회사의 경우와 동일하다고 한다.<sup>13)</sup>

## 2. 공공기관 및 공기업의 입찰참가자격제한을 행정처분으로 보는 것이 과연 타당한가?

공공기관의 입찰참가자격제한이 행정처분이라는 점은 이미 판례에 의해 공고화되었고, 필자를 제외한 압도적 문헌에서도 수긍되어 가히 통설이 되어 버린 상황이다.<sup>14)</sup> 그럼에도 불구하고 사실상 불가역적인 이슈를 여기서 다시금 제기하는 까닭은, 바로 공공기관의 입찰참가자격제한과 관련해서 과도한 공법적 드라이브가 과연 법리적으로 정당한지 여부에 관한 재고를 환기하고자 함이다.<sup>15)</sup> 법인체형공기업인 공공기관은 정부가 출자하고, 국가의 감독을 받으며, 근거 법률에 의해 성립하기도 한다는 점에서는 공적인 성격을 지니지만, 행정청형공기업과는 달리 국가의 행정조직 밖에 위치하며 그 존재형식은 私法人이다. 법인체형공기업인 공공기관은 비록 일종의 간접적 행정주체라 하더라도 그 존재형식이 私法人인 이상, 법률상 허용되지 않는 한, 공법의 작용형식을 사용할 권능이 부정된다. 따라서 이런 공공기관은 특별규정이 없는 한 사법적으로만 활동할 수 있다.<sup>16)</sup> 물론 行政私法論의 차원에서 공법적 구속의 문제는 별개이다. 따라서 이들의 입찰참가자격제한을 행정처분으로 보는 것은 당연히 재고되어야 한다. 그리고 사실 판례에 의하여 입찰참가자격제한의 사법적 특약이 가능하고 그에 의한 입찰참가자격제한조치 역시 사법상의 조치에 해당하는 이상, 그런 식으로 진행될 경우에는 결과적으로 입찰참가자격제한을 행정처분으로 보는 것은 아무런 의미가 없다. 어떤 조치의 출처가 다르다고 하여 그것의 법적 성질이 공법적인지, 사법적인지 여부가 가늠된다면 기왕의 가늠잣대에 대해 의문이 제기되는 것은 자연스럽다.

13) BVerfG NJW 1990, 1783; Badura, "Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaften", DÖV (1990), S.353ff.; Burgi, a.a.O., S.77f.; Gross, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation (1999), 39f.

14) 대표적 문헌: 홍준형, "입찰참가자격제한조치의 법적 성질", 법제(1997. 7.); 이광윤, "공기업의 입찰참가자격제한행위의 법적 성질", 법제(2001. 6.); 김남진, "공사 등의 입찰참가자격정지의 성질", 고시연구(2001. 10.); 이원우, "항고소송의 대상인 처분의 개념요소로서 행정청", 저스티스 68호(2002. 8.); 박정훈, "부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제문제", 서울대 법학, 46권 1호(2005).

15) 김중권, 행정법(4판), 법문사(2021), 202.

16) Ehlers/Pünder, a.a.O., §3 Rn.35, 50.



한편 법인체형공기업을 행정청으로 보기 위하여 기능적 행정청의 개념이 원용되는데, 행정청 개념의 기능적 이해는 형식적인 의미의 행정청이 아닌 영역에서-실질적으로 행정청에 해당하는-법집행이 행해진 상황을 행정행위로 포섭하기 위함이다. 그리고 기능적 행정청의 개념이 사용되기 위한 전제는 대국민적 공권력행사에 관한 행정권한이 법률에 직접적으로 규정되어 있어야 한다. 공공기관운영법은 기본적으로 국가와 공공기관의 관계를 규율하는 것에 불과하다. 즉, 국가내부사를 규율하는 내부법이어서<sup>17)</sup> 그것은 공공기관의 활동과 관련한 私人과는 직접적인 관련성을 가지지 않는다. 즉, 동법 제39조 제2항의 입찰참가자격제한 규정은 공공기관의 활동과 관련한 私人을 직접적으로 규율대상으로 하지 않으므로 수권규정이 될 수 없다.<sup>18)</sup> 동 규정만으론 국민에 대한 직접적 개입, 즉 공법적 효과를 성립하게 하는 근거로 삼을 순 없다. 설령 한국전력공사법 등과 같은 개별법률에 규정을 두었다더라도, 입찰참가제한 그 자체가 공권력행사가 아니기에 이런 접근에 변함이 없다. 결국 해당 행위로 비롯된 법효과는 결코 공법적 차원의 것이 되지 못한다.

한편 이런 사법인을 독일에선 '사법적으로 조직된 행정주체'(Verwaltungsträger)로 표현되고 있어서, 오해를 낳는다. 이 '사법적으로 조직된 행정주체'란 개념이 법인체형공기업을 행정청으로 보는 착안점으로 기능한 것으로 볼 수 있다. 독일의 경우 여전히 사법의 차원에서 다루어지는 것에서 기왕의 국내의 논의가 대단한 오해에서 비롯되었다고 할 수 있다. 다시 말해 독일에서처럼 주식회사의 형식으로 존재하는 공기업은 결코 공법인으로 접근해서는 아니 되고, 전적으로 사법인으로 접근해야 한다.

## Ⅶ. 이 사건 거래제한조치와 관련하여 한국수력원자력 주식회사가 과연 행정청인가?

피고인 한국수력원자력 주식회사는 「한국전력공사법」에 의하여 설립된-사법인으로서의-공기업인 한국전력공사가 주식 100%를 보유하고 있으며, 공공기관

17) 비슷한 맥락에서 판례는 國家契約法 및 그 시행령상의 입찰절차나 낙찰자 결정기준에 관한 규정의 성질을 '국가의 내부규정'으로 정당하게 판시하였다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다50129 판결 등).

18) 입찰참가제한의 법률유보적 물음에 관한 상론은 임성훈, "부정당업자에 대한 입찰참가자격제한과 법률유보원칙: 입찰참가 제한범위 확장을 중심으로", 행정법연구 51호(2017).

운영법 제5조 제3항 제1호에 따라 ‘시장형 공기업’으로 지정·고시된 ‘공공기관’이다. 문제는 공공기관운영법 제39조 제2항에 따른 입찰참가자격제한을 넘은, 이 사건 거래제한조치와 관련해서 해당 공공기관을 행정청으로 볼 수 있는지 여부이다.

피고인 공공기관을 행정청으로 설정하여야만 이 공공기관이 정하는 내부규정에 대해 공법적 접근이 가능해진다. 대상판결은 공공기관운영법 제39조 제2항에 의거한 입찰참가자격제한과 관련한 공공기관의 법적 지위를 ‘법령에 따라 행정처분의 권한을 위임받은 공공기관’으로서 행정청에 해당한다고 전제하고서, 이 사건 거래제한조치에 대해 접근한다. 특히 제1심은 공공기관운영법상의 공기업은 공적임무를 수행하는 영역에서는 행정권한의 위임 또는 그 위탁을 받은 행정청의 지위를 부여받았다고 볼 수 있다고 한다.<sup>19)</sup>

우선 드는 의문은, 대상판결이 공공기관운영법상의 공기업을 ‘법령에 따라 행정처분권한을 위임받은 공공기관’으로 보면서 - 이 사건 거래제한조치와 관련해서 - 피고인 한국수력원자력 주식회사에 대해 공무수탁사인의 차원에서 행정청의 지위를 인정하였는데, 과연 이런 접근이 행정청과 관련한 법규정에 부합하는지 여부이다. 행정절차법은 행정청을 ‘행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관’, ‘그 밖에 법령 또는 자치법규(이하 ‘법령등’이라 한다)에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)’이라고 정의하고(제2조 제1호), 행정소송법도 “이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.”라고 규정한다(제2조 제2항). 분명히 행정법상으로 공공단체는 간접적 국가행정을 담당하는 단체 일반을 의미한다. 그것이 공법인에 해당하더라도 공공기관운영법상의 공공기관 및 공기업과는 분명히 다르다. 따라서 피고인 한국수력원자력 주식회사의 모회사인 한국전력공사는 비록 「한국전력공사법」에 의거하여 설립되고 그 자본금 100분의 51 이상을 정부가 출자하긴 했지만, 상장된 주식회사로서 사법인일 뿐이다.

대상판결은 ‘법령에 따라 행정처분권한을 위임받은 것’을 논거로 내세우는데, 이런 논증이 설득력을 가지기 위해서는 그 전제로 국가가 입찰참가자격제한권을 보

19) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016두33537 판결에 의하면 공기업·준정부기관 지정전의 부정당행위에 대해서는 공공기관운영법 제39조 제2항에 따른 입찰참가자격제한처분을 할 수 없기에, 사안에서 동조항의 권한규정을 권한위임의 법리에 동원할 수는 없다.

유하여야 하는 것인데, 공공기관운영법은 국가의 입찰참가자격제한을 직접적으로 규정하고 있지 않다. 그리고 국가가 직접적으로 입찰참가자격제한을 할 수 있는 국가계약법 제27조는 국가가 직접 상대한 자를 대상으로 하기에, 동 규정을 원용할 수도 없다. 사실 사법인인 공공기관의 입찰에 참여한 私人을 상대로 국가가 공권력작용으로서의 입찰참가자격제한을 하기 위해서는 그것을 허용하는 특별규정이 있어야 한다. 일종의 국고적 특권을 부여하는 썬인 그런 특별규정은 사법의 적용을 배척할 수 있는 특별한 정당화를 필요로 한다. 공법과 사법이 상호 교호적으로 포용하는 관계로 나아가더라도 법체제에서 경로의존성이 완전히 배제되지 않는다. 따라서 아무리 한 당사자가 국가의 직접적인 지배를 받고 있고, 그 사무의 성격이 공공성을 지닌다 하더라도, 민사관계불간섭의 차원에서 보면 국가가 직접 민사관계에 등장하는 것은 문제가 있다.<sup>20)</sup>

요컨대 피고인 한국수력원자력 주식회사를 행정청으로 보기 위해 대상판결이 전개한 논증을 정당화시킬 실정법적 논거를 발견하기 어렵다. 그리고 마치 공무수탁사인의 차원에서 접근하는 것은 비록 한국수력원자력 주식회사가 한국전력공사의 자회사이긴 해도 법적으로 독립되게 존재하는 것과는 어울리지 않는다. 나아가 법인체형공기업은 일종의 형식적 또는 조직적 私的化(민간화, 민영화, 私事化)에 해당하는 썬인데,<sup>21)</sup> 이 기관을 다시금 기능적, 실질적 의미의 행정청개념으로 포섭하면, 자칫 私的化를 무색케 하는 公的化(Publifizierung)가 발생할 수 있다.

## VIII. 한국수력원자력 주식회사의 ‘공급자관리지침’이 과연 공법작용으로서의 행정규칙인가?

행정처분은 구체적 사실에 관한 법집행이어서 그 기초가 공법적 규범이어야 한다. 여기서 근거 법규범은 법규성을 지닌 규범(법률과 법규명령)에 국한되지 않는다. 경우에 따라서는 법규성을 지니지 않는 행정규칙에 의거한 행정조치나 행정결정도 행정처분이 될 수 있는데, 여기서는 이들 행정조치 등과 관련한 전체 법규정

20) 이 점에서 공공기관운영법 제39조 제2항을 거래제한조치의 근거점으로 삼는 것은 매우 바람직하지 않다.

21) 민간화에 관한 시원적 문헌으로 김남진, “사인에 의한 행정과제의 수행”, 법학논집(고려대) 27집(1992. 4.).

에서 구체적인 법효과가 발생하는지가 바로미터이다.<sup>22)</sup>

판례는 기본적으로 범규범의 범규성 여부를 상위 법령의 수권에 기하여 판단한다. 그리하여 상위 법령의 수권이 없는 이상, 해당 규범을 행정규칙으로 보는데, 이런 맥락에서 상위 법령의 위임을 벗어난 부분 역시 행정규칙의 차원에서 접근하여 계쟁처분의 위법성을 상위법령의 규정과 입법 목적 등을 내세워 나름 판단한다.<sup>23)</sup> 이런 기초에서 대상판결은, “공공기관운영법이나 그 하위법령은 공기업이 거래상대방 업체에 대하여 공공기관운영법 제39조 제2항 및 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제15조에서 정한 범위를 뛰어넘어 추가적인 제재조치를 취할 수 있도록 위임한 바 없다. 따라서 한국수력원자력 주식회사가 조달하는 기자재, 용역 및 정비공사, 기기수리의 공급자에 대한 관리업무 절차를 규정함을 목적으로 제정·운영하고 있는 ‘공급자관리지침’ 중 등록취소 및 그에 따른 일정 기간의 거래 제한조치에 관한 규정들은 공공기관으로서 행정청에 해당하는 한국수력원자력 주식회사가 상위법령의 구체적 위임 없이 정한 것이어서 대외적 구속력이 없는 행정규칙이다.”라고 판시하였다.

피고인 한국수력원자력 주식회사를 행정청으로 설정한 이상, 대상판결이 ‘공급자관리지침’을 공법작용의 일환인 행정규칙으로 보는 이상의 논증은 자연스럽다. 그리고 이런 논증은 후술하듯이 이 사건 거래제한조치의 처분성 논증에 이어진다. 대상판결의 이런 논증이 법원으로서서는 매우 편익적이다. 왜냐하면 행정규칙에 관한 법원의 기초를 대입하면 매우 손쉽게 이 사건 거래제한조치의 위법성을 논증할 수 있기 때문이다.

그러나 대상판결의 논증과는 달리 피고인 한국수력원자력 주식회사를 행정청으

22) 이 점에서 대법원 2021. 2. 10. 선고 2020두47564 판결이 감사에 대한 검찰총장의 경고조치에 대해 관련 법규정에 의해 향후 인사상의 불이익을 받을 가능성이 있음을 들어 처분성을 인정한 것은 바람직하다. 다만 이 판결이 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두3532 판결을 직접 참조하여 ‘행정규칙의 내부적 구속력’을 처분성 논거로 제시한 것은 바람직하지 않다. 일찍이 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두3532 판결의 문제점에 관해서는 김중권, “불문경고조치의 법적 성질과 관련한 문제점에 관한 소고”, 인권과 정의 336호(2004. 8. 1.) 참고. 그 이후에 내려진 대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결 등은 여기서의 지적마냥 처분성을 근거 규정의 법적 성질에 연계시키지 않고 관련 법규정에 의한 법효과의 발생에 의거하여 인정하였다. 대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결 등이 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두3532 판결을 참조 판례로 적시하지 않은 것이 시사하듯이 기왕의 판례는 완전히 다르게 접근하였는데, 대법원 2021. 2. 10. 선고 2020두47564 판결은 이런 사정을 간과하여 결과적으로 행정판례의 시계를 20년 전으로 되돌렸다고 할 수 있다.

23) 대법원 2006. 4. 28. 자 2003마715 결정 등.

로 보기 어려운 이상, ‘공급자관리지침’을 공법적 차원에서 접근하는 것은 수긍하기 힘들다. 나아가 이 사건 거래제한조치의 실질이 입찰참가자격제한이라 하더라도, ‘공급자관리지침’이 피고가 조달하는 기자재, 용역 및 정비공사, 기기수리의 공급자에 대한 관리업무 절차를 규정함을 목적으로 제정·운용하고 있는 이상, 그것은 사적 주체의 나름의 내부규정에 불과하다. 행정규칙은 행정조직 내부에 존재하는 것인데, 통상의 행정조직이 아닌 조직체에 대해<sup>24)</sup> 그것의 내부규정을 특별한 법령규정이 없는 데도 불구하고<sup>25)</sup> 공법적 지배를 받는 행정규칙으로 설정하면, 자칫 그 조직체의 해당 규정과 관련된 권리제한적 모든 행위가 위법하게 되어 버릴 수 있다. 이 점에서 사적 자치의 원칙 및 민사관계불간섭의 차원에서 논증의 설득력을 확실히 제고시킬 수 있는 심도 있는 논거의 제시가 필요하다. 나아가 행정조직이 아닌 -설령 공공기관이라 하더라도- 조직체의 내부규정과 관련해서 문제 인식이 필요하다.<sup>26)</sup>

여기서 왕왕 판례가 행정규칙의 비법규성을 내세워 나름의 판단을 관철하는 것에 대한 근본적인 물음을 던질 때가 되었다. 종종 기왕의 입장과 다른 태도를 보이는 난맥상도 빚어지곤 한다. 가령 (법령보충적) 고시에서 정한 절차위반의 효과와 관련해서 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020두57042 판결이 국립환경과학원고시로 제정된 약취공정시험기준을 행정규칙으로 보아 법규성을 부인한 것을 출발점으로

24) 한편 여기서 사립학교의 법적 지위가 문제 될 수 있는데, 교육체제가 국가에 의해 형성된 공교육체제 하에서 사립학교 법인은-교육과 관련해서-국가가 수행할 교육제공을 대신하는 공무수탁사인의 지위에 해당한다. 사립학교의 학칙 역시 단순한 사적 내부규정일 수 없다. 사립학교와 관련해서-교육 및 교원과 관련한-법적 문제를 전적으로 私法的 시각에서 접근하는 것은 조속히 수정되어야 한다.

25) 사실 이런 특별규정은 사적 자치의 원칙 및 민사관계불간섭의 차원에서 정당화되기 어렵다고 여겨진다.

26) 공익사업시행자 스스로 공익사업의 원활한 시행을 위하여 필요하다고 인정하여 생활대책을 수립·실시할 수 있도록 하는 내부규정을 두고서 그 내부규정에 따라 생활대책대상자 선정기준을 마련하여 생활대책을 수립·실시하는 경우에, 판례는 생활대책대상자 선정기준 등에 관한 규정의 법적 성질을 구체적으로 논하지 않은 채, 대상규정을 착안점으로 생활대책대상자 선정기준에 해당하는 자의 신청권을 논증하였다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두17905 판결). 대상규정은 에스에이치공사가 나름 협상수단의 차원에서 만든 것이다. 그렇다면 대상규정은 공법적 의미를 갖지 않고 사법적 의미를 갖는다. 여기서의 대상규정을 공법적 논의의 착안점으로 삼아선 곤란하다. 법률에서 규정되어 있는 이주대책조차 기본적으로 생활보상의 일환으로 입법자에 의해 시혜적으로 인정되는 제도임에도 불구하고, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두17905 판결은 법률에서 규정되고 있지 않은 생활대책이 헌법 제23조 제3항상의 정당보상에 들어간다는 논증을 하였는데, 이는 기왕의 대법원 및 헌법재판소의 판례의 기초에 정면으로 배치된다. 상론은 김중권, “法理的 根據가 없는 生活對策에 관한 申請拒否의 問題”, 토지보상법연구 13집(2013. 2. 25.).

삼았는데, 이 고시는 환경시험검사법 제6조에 의거하여 제정된 법령보충적 고시이므로 법규적 성질을 지닌다. 대통령제 국가로서 존재지평이 독일과 완전히 다른 우리로서는 행정입법에 대해 그들과 다르게 접근해야 한다. 행정입법 전반을 의회와 행정의 분업적 차원에서 접근하여 행정규칙도 정식의 법규범으로 설정할 필요가 있다. 이제는 법원에 매우 이로운 틀인 행정규칙의 비법규성에서 벗어날 때가 되었다.<sup>27)</sup>

## IX. 한국수력원자력 주식회사의 이 사건 거래제한조치가 과연 행정처분인가?

### 1. 관여 법원이 제시한 처분성 인정의 논거

대상판결은 다음과 같은 주된 논거를 들어 처분성을 논증한다: i) 피고의 공급자관리지침은 피고가 공공기관이라는 우월적 지위에서 일방적으로 제정·운용하는 내부 규정으로서, 그것에 따른 거래제한조치도 피고가 등록된 공급업체의 법적 지위를 일방적으로 변경·박탈하는 고권적 조치라고 보아야 한다. ii) 일정한 사유가 있을 때 그러한 제재조치를 할 수 있다는 점을 공공기관과 그 거래상대방이 미리 구체적으로 약정하지 않았으며, 「약관의 규제에 관한 법률」 제3조에서 정한 바와 같이 계약상대방에게 그 중요 내용을 미리 설명하여 계약내용으로 편입하는 절차를 거치지 않았으므로, 이 사건 거래제한조치는 계약에 따른 제재조치라고 볼 수는 없다.<sup>28)</sup>

원심은 다음과 같은 주된 논거를 들어 처분성을 논증한다: i) 피고는 국내 모든 원자력 발전소를 관리하는 공기업으로 피고가 시행하는 입찰에 참여하기 위해서는 사전에 피고의 심사를 거쳐 피고에게 공급자등록을 하여야 한다. 공급자등록을 하지 못한 업체는 피고가 시행하는 입찰에 참여하지 못하므로 피고의 공급자등록 제한은 입찰참가자격제한과 실질적으로 동일한 효력을 갖고, 특히 이 사건 원자력

27) 상론은 김중권, “민주적 법치국가에서 의회와 행정의 공관적 법정립에 따른 법제처의 역할에 관한 소고”, 행정관례연구 12집(2007. 6. 30.).

28) 원고가 피고에게 등록 또는 등록갱신을 하면서 제출한 ‘청렴계약 및 공정거래 이행각서’에 의거하여 피고 측은 이 사건 거래제한조치가 거래당사자 간 합의에 근거한 계약에 따른 제재조치에 해당한다고 강변하였지만, 대법원은 수긍하지 않았다. 공법적 이슈가 아니어서 여기서는 생략한다.

발전용 케이블은 피고가 독점적 수요자이므로 이에 관한 한 입찰참가자격제한과 그 효력이 완전히 동일하다. ii) 피고는 원고와의 사이에 원고가 낙찰자로서 공공조달 계약을 체결함에 있어 부정당업자로 제재를 받은 경우 거래가 10년간 금지된다는 계약조건을 정하는 등 공급자등록제한에 대하여 당사자 간에 어떠한 합의가 있었던 것으로 볼 수 없는데, 이 사건 공급자등록제한이 공공조달 계약의 내용이 되었다고 할 수 없다. 더욱이 이 사건 공급자등록제한은 원고와 피고 사이의 공공조달 계약의 이행 혹은 계약의 위반과 관련된 것이 아니라, 피고가 고권적 내지 우월적 지위에서 일방적으로 원고의 계약 당사자가 될 권리인 입찰참가자격에 제한을 가하는 행위이다. iii) 공공기관운영법 등 관련 법령의 취지에 비추어 보면, 공정한 입찰을 통한 낙찰자 결정 과정은 공공조달계약 체결 이전의 단계에서 이루어지는 별개의 차원에 있는 것으로 볼 것인바, 이를 사법상 계약인 공공조달 계약으로부터 파생된 법률관계라고 보기 어렵다. iv) 피고는 국내 모든 원자력 발전소를 관리하는 공기업으로서 상당수 원고 생산 제품의 사실상의 독점적 수요자인 점까지 더하여 보면, 이 사건 공급자등록제한이 대세효를 갖는지 여부는 이 사건 처분성의 인정에 있어 문제가 되지 않는다.

제1심은 다음과 같은 주된 논거를 들어 처분성을 논증한다: i) 오늘날 국가는 다양한 임무를 수행하고 있는데, 모든 업무를 국가가 수행하는 것은 현실적으로 불가능하기 때문에 그 임무수행을 민간이나 새로운 형태의 조직에 위탁한 후 감독기능만 수행하는 경우가 증가하고 있다. 이와 같은 새로운 형태의 조직 등에 의하여 행정임무수행이 이루어지는 영역은 여전히 공적영역으로서 공동체적 규범과 가치가 유지되어야 하고, 이러한 사정은 행정처분성을 판단함에 있어서도 고려되어야 한다. ii) 공기업의 설립, 구성, 운영 등의 기준에 비추어 보면, 공공기관운영법상의 공기업은 공적 임무를 수행하는 영역에서는 행정권한의 위임 또는 그 위탁을 받은 행정청의 지위를 부여받았다고 볼 수 있다. iii) 피고의 공급자등록취소, 공급자등록제한은 원고의 입장에서는 입찰참가자격제한처분과 사실상 동일한 효력을 가진다. iv) 공공기관운영법 제39조 제2항의 수권은 입찰참가자격제한을 할 권한에 그치는 것이 아니라 공급자등록취소나 등록제한을 할 권한부여에 미친다고 볼 수 있다. 피고는 이 수권에 따라 공급자등록취소 및 등록제한을 할 수 있는 공공단체로서 행정청의 지위에 있다고 볼 수 있다. v) 이 사건 공급자등록제한을 피고의 내부규

정인 공급자관리지침에 근거를 둔 사법상의 통지행위로 보게 되면, 원고는 동일한 담합행위로 인하여 이 사건 공급자등록제한 기간 동안 입찰참가자격제한처분을 받은 것과 사실상 동일한 지위에 있게 됨에도 그 구제방법은 민사상 쟁송절차에 따라야 한다(이와 달리 입찰참가자격제한처분에 대해서는 행정소송을 통해 구제받을 수 있다). 같은 당사자 사이에서 같은 행위로 인하여 사실상 같은 효력이 발생함에도 그 쟁송절차를 달리 하여야 할 합리적 이유를 찾기 어렵다.

## 2. 처분성 인정의 논거의 문제점

이상의 처분성 논거 가운데 한국수력원자력 주식회사의 행정청으로서의 지위 및 ‘공급자관리지침’의 행정규칙으로서의 성질과 관련한 사항은 앞에서 지적한 것으로 대신한다. 대상판결은 물론, 하급심판결은 기본적으로 이 사건 거래제한조치가 실질적으로 공공기관운영법 제39조 제2항의 입찰참가자격제한과 동일한 효과를 미친다는 것을 강조하는데, 이와 관련해서 유의할 점은 법적 성질을 가늠하기 위해서는 먼저 근거 규정에 의거한 전체 메커니즘을 바탕으로 하면서 실질적 영향을 반영해야 한다. 즉, 이 사건 거래제한조치가 효과의 측면에서 공공기관운영법 제39조 제2항의 입찰참가자격제한과 近似하더라도 결코 그 사실만으로 이 사건 거래제한조치의 법적 성질이 공공기관운영법 제39조 제2항의 입찰참가자격제한과 동일하게 행정처분이 될 수는 없다. 더군다나 - 전술한 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016두33537 판결의 취지에 따르면 - 사안의 부정당행위가 한국수력원자력 주식회사가 공기업·준정부기관 지정전 기타 공공기관에 해당할 때 있었기에, 이 사건 거래제한조치를 공공기관운영법 제39조 제2항의 입찰참가자격제한의 맥락에서 접근할 수는 없다. 공권력행사는 당연히 공법영역에서 이루어져야 한다. 사법영역에서 행해지는 고권적 조치를 곧바로 행정행위로 보는 것은 문제가 있다.<sup>29)</sup> 가령 근로관계나 임대차관계를 행정행위로 해지하는 것처럼 사법영역에서 행정행위에 의한 고권적 조치를 통상적으로 인정하는 것은 법치국가적 원리에 저촉된다. 자칫 사법행위상 특별한 지위(국고적 특권)가 이런 방식으로 행정에 대해 주어질 수 있

29) 가령 잡종재산(일반재산)의 대부행위(대법원 2000. 2. 11. 선고 99다61675 판결 등), 잡종재산의 사료의 납입고지(대법원 1995. 5. 12. 선고 94누5281 판결), 잡종재산대부거부처분(대법원 1998. 9. 22. 선고 98두7602 판결 등) 등은 행정처분이 아니다.



기 때문이다.<sup>30)31)</sup>

법학적으로 어떤 행위의 법적 성질과 그것의 반대행위의 법적 성질은 동일하다. 따라서 등록취소와 등록제한과 같은 이 사건 거래제한조치가 행정처분이면, 등록 자체도 행정처분이 되어야 하는데, 행정행위로서의 등록제를 사적 주체가 운용하기 위해서는 먼저 법령에 의해 등록제가 규정되어 있고, 이를 바탕으로 국가로부터 그 행정권한을 위임받아야 한다. 이런 전제가 성립하지 않는 이상, 실질적인 영향만을 갖고서 이 사건 거래제한조치를 행정처분으로 보는 것은 결코 바람직하지 않다. 공법작용의 출발점은 그것의 정당성인데, 그것은 실정법에서 모색되어야 한다. 요컨대 이 사건 거래제한조치를 행정처분으로 보기 위해 대상판결 등이 전개한 논증은 공법적 차원에서도 수긍하기 어렵다.

## X. 한국수력원자력 주식회사의 이 사건 거래제한조치가 과연 행정처분으로서 무효인가?

원심은 행정청인 피고가 이미 공공기관운영법 제39조 제2항에 따라 2년의 입찰참가자격제한처분을 받은 원고에 대하여 다시 법률상 근거 없이 자신이 만든 행정규칙에 근거하여 공공기관운영법 제39조 제2항에서 정한 입찰참가자격제한처분의 상한인 2년을 훨씬 초과하여 10년간 거래제한조치를 추가로 하는 것은 제재처분의 상한을 규정한 공공기관운영법에 정면으로 반하는 것이어서 그 하자가 중대·명백하다고 판단하였다. 제1심의 판단을 그대로 수긍한 원심의 판단을 대상판결은 재차 그대로 받아들였다.

여기서는 드는 의문은-필자가 수긍할 수 없는 위법한 행정규칙의 문제는 차치하고-위법한 행정규칙으로서의 ‘공급자관리지침’에 근거한 이 사건 거래제한조치의 하자가 과연 행정행위의 무효 기준의 차원에서 중대하고 명백한지 여부이다.

30) 김중권(주 15), 213.

31) 그런데 판례는 사법계약인 물품구매계약 추가특수조건에 근거한 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치를 타당하지 않기도 행정처분으로 보았다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2017두34940 판결). 사법상 계약에 근거하여 행정처분이 성립하기 위해서는 그런 성립의 가능성을 시사하는 특별한 법규정이 있어야 하는데, 그런 법규정을 발견할 수 없다. 판례는 계약과 행정행위 사이의 경계를 무색하게 만드는 치명적인 문제점이 있다. 상론은 김중권, “사법상 계약에 의거한 행정처분의 성립가능성 문제”, 법률신문 4702호(2019. 5. 27.).

통상 관례는 ‘법규의 중요한 부분’, ‘행정처분의 중요한 부분에 해당하는 규정’을 위반한 것을 ‘하자의 중대성’으로, 하자가 통상인의 평균적 인식능력에 비추어 외관상 객관적으로 명백한 것을 ‘하자의 명백성’으로 받아들이고 있다. - 필자는 수긍할 수 없는데 - ‘공급자관리지침’의 법적 성격과 문제점이 법원에 의해 비로소 확인된 상황에서 그 하자가 과연 당연무효를 가져다줄 정도로 중대한 것인지 의문스럽다.<sup>32)</sup> 대상판결의 접근은 하자의 중대성에 관한 기왕의 이해와 관례의 기초와는 현저히 차이가 있다. 나아가 행정규칙이 위법하여 무효라 하더라도 그것에 더 짙은 행정처분은 원칙적으로 단순 위법에 그칠 뿐이라는 일반론의 견지에서도 대상판결의 접근은 더욱더 수긍하기 힘들다. 이 사건 거래제한조치의 직접적 근거 규정은 ‘공급자관리지침’이지 공공기관운영법 제39조 제2항이 아니라는 점과 ‘공급자관리지침’이 공공기관운영법 제39조 제2항을 집행하기 위한 규정이 아니라는 점에서, 이 사건 거래제한조치의 하자의 명백성을 공공기관운영법 제39조 제2항의 2년 상한에서 도출하는 것은 타당하지 않다.<sup>33)</sup> 이 사건 거래제한조치와 관련한 사례에서 이상에서 본 쟁점이 논란이 되지 않았기에, 대상판결은 고차적으로 정당화할 수 있는 충분한 논거를 제시하였어야 하는데 그렇지 않아 매우 아쉽다. 행정행위의 무효의 문제는 행정행위의 불가쟁력의 문제와 연동되어 있는데, 보기에 따라서는 일련의 판결이 공법적 문제점을 내세우면서도 궁극적으로는 민사법의 기초인 강행규정 위반 무효의 법리의 연장에서 접근한 것으로 비춰질 수 있다.

## XI. 私法行爲로서의 이 사건 거래제한조치의 위법성을 어떻게 모색할 수 있는가?

피고가 시행하는 입찰에 참여하고자 하는 자는 입찰 서류 접수 전에 해당분야 공급자로 등록을 하여야 한다. 피고는 신청자에 대하여 자격심사 후 일정한 자격

32) 하자의 중대성 여부를 판단하는 관례의 기준은-하자의 중대성 요건 자체의 반법치국가원리적 문제점과는 별개로-설득력 있는 논증을 할 필요가 없게 한 점에서 문제가 많다. 판례상의 논증이 한층 설득력을 가질 수 있도록 독일의 중대성공식마냥 엄격성을 모색할 필요가 있다. 행정행위의 유효성을 도저히 받아들일 수 없을 정도로, 즉 법치국가원리를 무색하게 만들 정도로 법 위반이 그 종류와 범위에서 심대해야 한다.

33) 따라서 이 사건 거래제한조치의 위법성을 법령우위의 원칙의 차원에서 공공기관운영법 제39조 제2항에 의거하여 논증하는 것은 타당하지 않다.

요건을 갖춘 자에게만 공급자등록을 하여 입찰에 참여할 수 있는 자격을 부여하고 낙찰을 받은 업체로부터 기자재 등을 제공받는다. 따라서 공급자등록취소 및 등록 제한의 이 사건 거래제한조치는 계약의 경쟁체결이라는 입찰의 메커니즘에서는 원천적으로 참가자격제한의 효과를 발생시킨다. 특히 이 사건 원자력 발전용 케이 블은 피고가 독점적 수요자이므로 입찰참가자격제한은 실질적으로 일정 기간 시장에서 퇴출하는 것과 다를 바 없으며, 그 대상자의 존립의 토대를 직접적으로 심대하게 위태롭게 하여 궁극적으로 그의 영업의 자유와 경쟁의 자유가 형해화되어 버린다.

이 사건 거래제한조치의 심각한 문제점은 무엇보다도 그것이 공공기관운영법 제39조 제2항에 따른 2년의 입찰참가자격제한 이후에 그 제한을 이유로 사실상 8년의 추가적인 제한을 한 것에 있다. 법률에서의 2년의 입찰참가자격제한을 넘어서는 과도한 제한을 과한 것은 비록 그것이 공법적 조명이 비취질 수 없는 私的인 내부규정에 의거했다 하더라도, 과잉금지의 원칙에 심대하게 위반되어 매우 과도하다는 비판에서 자유로울 수 없다. 나아가 이중처벌금지의 원칙에서도 자유로울 수 없다.

이 사건 거래제한조치의 심각한 문제점을 충분히 공감하더라도 그것을 어떤 방식으로 다룰 것인지는 별개의 문제이다. 이 사건 거래제한조치를 私法行爲로 볼 경우에 맞닥치는 난관이 여기에 있다. 국가를 당사자로 하는 계약이나 공공기관운영법의 적용 대상인 공공기관 및 공기업이 일방 당사자가 되는 계약(공공계약)은 국가 또는 공공기관 및 공기업이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 지위에서 체결하는 사법상의 계약으로서 본질적인 메커니즘은 사인 간의 계약과 다를 바 없으므로, 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙을 비롯한 사법의 원리가 원칙적으로 적용된다.<sup>34)</sup> 계약의 경쟁체결이라는 입찰의 메커니즘은 청약의 유인에 해당하는 입찰공고로부터 시작하여 입찰은 청약이고 낙찰을 결정함으로써 승낙하는 것이 되고 계약도 그때에 성립한다.<sup>35)</sup> 계약성립 이전 단계의 상황인 이 사건 거래제한조치에 대해 법적 조명을 비추기가 쉽지 않다.<sup>36)</sup>

34) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결.

35) 지원립, 민법강의(17판), 홍문사(2020), 1358.

36) 이 점에서 선뜻 사안을 강행규정 위반의 차원에서 공공기관운영법 제39조 제2항 및 공기업·준정부

私法人的 공기업 역시 사법적으로 조직화된 행정에 해당하므로, 그것은 당연히 공법적 구속을 받는다.<sup>37)</sup> 에너지공급은 공적 서비스로서의 성격을 지닌다. 나아가 공공조달 자체가 시장에 대해 심대한 영향을 미쳐서 나쁜 공적 성격을 지니며, 자유로운 시장의 원리가 작동할 수 없는 조달영역에서 공기업은 우월한 시장지배력을 가지고 있다. 이런 점에서 공공계약은 사법형식의 행정과 마찬가지로 공법적 구속을 직접적으로 받을 수 있으며,<sup>38)</sup> 여기서 사법의 원리가 부분적으로 수정될 수 있다.

공공기관운영법 제39조 제2항에 따른 2년의 입찰참가자격제한에서 연유한 이상, 이 사건 거래제한조치는 기왕의 입찰참가자격제한의 연장에서 접근해야 한다. 따라서 그것은 과잉금지의 원칙 및 이중처벌금지의 원칙에 위배되므로 무효가 되어야 한다.

### XII. 맺으면서 – 공법적 이슈의 사법화 및 사법적 이슈의 공법화에 대한 문제 인식이 시급하다

국가 및 공공기관(공기업)의 입찰참가자격제한과 관련한 판례의 입장을 견지하는 이상, 이전에 등장하지 않은 문제 상황에 즈음하여 나쁜 설득력이 있는 해결방안을 강구하기란 쉽지 않다. 특히 사안을 공법적으로 접근하지 않고 私法的으로 접근하여 私法の의 원리에 터 잡아 해결책을 강구하는 경우에는 그 어려움이 배가된다.<sup>39)</sup> 이상에서 보았듯이, 공법적 접근은 매우 손쉽게 결과를 도출할 수 있게 한다. 그러나 그런 접근의 설득력이 담보되기 위해서는 그런 접근의 허용성에 아무런 의문점이 없어야 한다. 사법적 이슈의 공법화를 강구한 대상판결 등의 접근방식에 대해 학문적 거리두기(academic distancing)의 차원에서 비판적으로 검토하면, 한국수력원자력 주식회사의 ‘공급자관리지침’을 공법작용으로서의 행정규칙으

기관 계약사무규칙(기획재정부령) 제5조 제2항에 대한 위반으로 접근하기가 주저된다.

37) BGHZ 91, 84(97): 비록 행정이 스스로나 자기경영에 의해 사법형식으로 활동하는 것이 아니라, 행정의 지배를 받는, 사법적으로 정관을 갖춘 법주체의 형태로 시민과 마주하더라도, 오히려 전형적인 공법적 구속이 적용가능하다.

38) 여기서 직접적으로 구속된다는 의미는 기본권의 대사인적 효력에서 간접효력설의 차원에서 민법의 일반조항(신의성실의 원칙)에 의거한 모색을 강구할 필요가 없다는 것이다.

39) 그 어려움은 이 사건 거래제한조치의 위법성을 논증하는 데 있다고 여겨진다.

로 보는 것처럼 현재의 행정법 도그마틱과 결코 용인될 수 없을 정도로 심각한 부조화가 명백히 드러난다. 결론을 내리기 쉽다 하여 기왕의 논의와의 심각한 부조화 문제가 간과되어서는 곤란하다. 대상판결은 공공기관(공기업)의 입찰참가자격 제한을 행정행위로 보는 기왕의 입장을 견지하는 데 따른 바람직하지 않은 귀납적 논증의 결과라 할 수 있다.

- 공법을 민사법의 연장에서 바라보는 것처럼 - 판례는 공법적 이슈에 대해 애써 민사법적 접근을 견지한다.<sup>40)</sup> 하지만 공공기관(공기업)의 입찰참가자격제한과 관련해서는 정반대의 상황이다. 판례의 이런 공법적 접근방식이 사법적 해결이 곤란하여 애써 공법예로의 도피를<sup>41)</sup> 강구한 것은 아닌지 의문이 든다. 행정 및 공공기관의 사법적 활동의 공법적 구속 문제에 관해 문헌상으로 그다지 활발하지 않은 상황에서 판례가 사법적 차원에서 설득력 있는 나름의 해결책을 강구하기가 어려울 수 있지만, 공·사법 중첩의 상황에 대해 공법의 차원은 물론 사법의 차원에서도 정당한 관심을 제고시킬 좋은 계기가 마련될 수 있었는데, 그렇지 못하여 너무 아쉽다.<sup>42)</sup> 공법적 이슈의 사법화 및 사법적 이슈의 공법화는 일종의 법학에서의 경로의존성을 수정한 셈인데, 그런 수정은 정당한 근거가 있을 때 허용될 수 있다. 연일 융합을 내세워 학제적 모색이 강조되는데, 다른 학문영역과의 그것을 내세우기에 앞서 법학 내에서라도 그런 모색이 시급하다. We need men who can dream of things that never were. -J.F.K.

40) 독일의 경우는 정반대이다. 공법이 사법에 대해 매우 강한 정도로 영향을 미친다. 그리하여 사법학계가 공법이 사법에 대해 침탈을 강구한다고 질책을 가하며, 아울러 사법적 '原成岩'을 공법적 '파편'으로부터 구출할 필요가 있다고(Medicus, NuR 1990, 150) 주장된다.

41) 여기서의 '공법예로의 도피'는 행정의 사법예로의 도피를 쟁점화시킨 '행정사법'에 비견되게 사법적 활동의 공법적 구속 문제를 부각하기 위해 표현한 화두이다.

42) 독일의 경우 행정사법의 하위경우로 행정회사법론이 주장되어 그에 관한 논의가 활발한 것과 비교하면 우리의 경우 개개의 법영역이 자신들의 우물에 빠져 극복하기 힘든 단절적이고 고립적 상황에 놓여있는 것은 아닌지 의문스럽고 걱정된다.

## &lt;참고문헌&gt;

- 김중권, 행정법(4판), 법문사(2021).  
 지원림, 민법강의(17판), 홍문사(2020).
- 김남진, “사인에 의한 행정과제의 수행”, 법학논집(고려대) 27집(1992. 4.).  
 \_\_\_\_\_, “행정의 사법적 활동과 공법에 의한 기속”, 고시연구(2000. 10.).  
 \_\_\_\_\_, “공사 등의 입찰참가자격정지의 성질”, 고시연구(2001. 10.).  
 김중권, “불문경고조치의 법적 성질과 관련한 문제점에 관한 소고”, 인권과 정의  
 336호(2004. 8. 1.).  
 \_\_\_\_\_, “사법적 형식의 행정(사법적 행정)의 공법적·사법적 구속에 관한 소고”,  
 고시계(2007. 3.).  
 \_\_\_\_\_, “민주적 법치국가에서 의회와 행정의 공관적 법정립에 따른 법제처의 역  
 할에 관한 소고”, 행정판례연구 12집(2007. 6. 30.).  
 \_\_\_\_\_, “法律的 根據가 없는 生活對策에 관한 申請拒否의 問題”, 토지보상법연구  
 13집(2013. 2. 25.).  
 박정훈, “부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제문제”, 서울대 법학, 46권 1호  
 (2005).  
 이광윤, “공기업의 입찰참가자격제한행위의 법적 성질”, 법제(2001. 6).  
 이원우, “항고소송의 대상인 처분의 개념요소로서 행정청”, 저스티스 68호(2002.  
 8.).  
 임성훈, “부정당업자에 대한 입찰참가자격제한과 법률유보원칙: 입찰참가 제한범  
 위 확장을 중심으로”, 행정법연구 51호(2017).  
 정하중, “사법행정의 기본권구속”, 서강법학연구 2권(2000. 3.).  
 홍준형, “입찰참가자격제한조치의 법적 성질”, 법제(1997. 7.).
- 구정택, “공공계약에서 공기업·준정부기관의 거래제한조치의 처분성 인정 여  
 부”, 법조신문 792호(2020.7.).  
 김중권, “정부투자기관의 입찰참가제한행위의 법적 성질에 관한 소고”, 법률신문

3486호(2006. 8. 31.).

\_\_\_\_\_, “사법상 계약에 의거한 행정처분의 성립가능성 문제”, 법률신문 4702호  
(2019. 5. 27.).

Badura, “Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaften”, DÖV (1990).

Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe (1999).

Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15. Aufl. (2016).

Gross, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation (1999).

Maurer/Waldhoff, Allg. VerwR, 19. Aufl. (2017).

Ossenbühl, “Das Gesellschafts- und Konzernrecht öffentlicher Unternehmen”,  
ZGR (1996).

Peine, “Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte”, DÖV (1997).

〈Zusammenfassung〉

## Rechtsnatur von Stornierung/Einschränkung der Lieferantenregistrierung(Handelsbeschränkungen) durch öffentliches Unternehmen

Kim Jung-kwon

Nach der Rechtsprechung stellt die Stornierung und Einschränkung der Lieferantenregistrierung(Handelsbeschränkungen) durch öffentliches Unternehmen den Verwaltungsakt zum Unrecht dar. Es ist nicht einfach, eine überzeugende Lösung im Zusammenhang mit einem in der Rechtsprechung und Diskussion bisher nicht aufgetauchten Problem der Stornierung/Einschränkung der Lieferantenregistrierung(Handelsbeschränkungen) durch öffentliches Unternehmen zu finden. Insbesondere wenn eine Lösung auf zivilrechtlicher statt auf öffentlich-rechtlicher Ebene gesucht wird, verdoppelt sich die Schwierigkeit. Der öffentlich-rechtliche Ansatz kann sehr leicht zu Ergebnissen führen, und um die Überzeugungskraft eines solchen Ansatzes zu gewährleisten, darf die Zulässigkeit eines solchen Ansatzes nicht in Frage gestellt werden. Bei der kritische Überprüfung von Ansätze des hier behandelte Urteils wird die Diskrepanz zwischen aktueller verwaltungsrechtlicher Dogmatik und unzumutbarer Ernsthaftigkeit voll aufgedeckt.

**Stichwörter:** öffentlicher Unternehmen, Stornierung/Einschränkung der Lieferantenregistrierung(Handelsbeschränkungen), Beschränkungen der Teilnahme an Ausschreibungen, Verwaltung in Privatrechtsform, Verwaltungsprivatrecht, Publizierung